GUSTAVO ZAGREBELSKY
VALERIA MARCENÒ
FRANCESCO PALLANTE

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ESTUDIO INTRODUCTORIO DE
LUIS CASTILLO CÓRDOVA

ZELA

Gustavo Zagrebelsky
Valeria Marcenò
Francesco Pallante

Manual de derecho constitucional

Estudio introductorio de Luis Castillo Córdova

Traducción
César E. Moreno More

ZELA

El presente libro constituye la traducción de la obra italiana Lineamenti di Diritto costituzionale, 2° ed., Gustavo Zagrebelsky / Valeria Marcenò / Francesco Pallante, publicada por la editorial Mondadori Education S.p.A

MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

© 2015 BY MONDADORI EDUCATION S.P.A, MILANO, ITALY -
WWW.MONDADORIEDUCATION.IT

© ZELA GRUPO EDITORIAL E.I.R.L.
Jr. Lima N° 394, tienda 2, Puno - Perú
Teléfonos: 973215878
RUC: 20601832926
e-mail: zelagrupoeditorial@gmail.com

© Estudio introductorio de Luis Castillo Córdova

Traduccion de César E. Moreno More

1ra edición: febrero 2020
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2020-00980
ISBN Nº 978-612-48214-0-0

Diseño e Impresión:
MARTELL Acabados Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos - Lima
RUC: 20605426558

Febrero 2020

Todos los derechos reservados.
Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

Impreso en Perú / Printed in Peru

ESTUDIO INTRODUCTORIO

LINEAMIENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Luis Castillo Córdova

I. Introducción

El Prof. Gustavo Zagrebelsky es conocido a nivel mundial a partir de su excepcional obra *Il diritto mite*, la cual ha sido traducida al castellano como *El derecho dúctil*. *Mite* tiene que ver más con mansedumbre y docilidad, y con la dulzura y placidez que a partir de ahí se genera, antes que con la maleabilidad. ¿En qué debería ser manso y dócil el derecho? En un Estado constitucional de derecho, la respuesta se encuentra estrechamente vinculada con la justicia material, para sostener que el derecho, particularmente el derecho constitucional, es un derecho que acepta, mansamente, maneras distintas de establecer o determinar lo debido, y maneras distintas también de cumplir con lo debido. No se muestra rebelde en este punto, y se niega a imponer a los poderes públicos y a los particulares una determinada teoría de la justicia. Se limita, más bien, a reconocer una serie de inevitables y básicos elementos que permite, especialmente al Poder Legislativo, definir una concreta (e histórica) manera de *gestionar justamente* el bien común.

Uno de esos básicos elementos, y acaso el decisivo, está conformado por las exigencias de justicia material que representan los derechos humanos. El reto (y el deber jurídico y moral) de los poderes, en particular de los poderes públicos, aunque también de los privados, es construir las distintas relaciones humanas en el seno de una comunidad política a partir de las exigencias de justicia constitucionalizadas y, consecuentemente, a partir del respeto al derecho constitucional vigente. En este escenario resulta imprescindible un,

por lo menos, idóneo conocimiento del derecho constitucional para afrontar con éxito la construcción de una *sociedad justa* desde la justicia reclamada por las concretas e históricas circunstancias.

A promover este, al menos, idóneo conocimiento del derecho constitucional vigente está destinada la obra *Lineamenti di Diritto costituzionale* de los profesores Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò y Francesco Pallante que, como *Manual de Derecho Constitucional*, traduce al castellano la editorial peruana Zela Grupo Editorial. Y aunque el objeto principal de estudio de esta gran obra es la historia constitucional y el derecho constitucional de la República italiana, la teoría constitucional que se presenta desde el análisis de las distintas categorías sociales, políticas y jurídicas que se lleva a cabo en cada uno de los distintos capítulos, será sin duda de interés para conocer más y mejor la regulación constitucional, principalmente de los derechos fundamentales, en los ordenamientos nacionales en general y, en particular, en el ordenamiento jurídico peruano.

A ese propósito pretende servir también estas breves páginas que Henry Machaca Condori muy generosamente me ha pedido elaborar como un estudio preliminar de esta obra magnífica. Debido a que la mansedumbre y docilidad del derecho, singularmente del derecho constitucional, se sostiene, no únicamente, pero sí principalmente, en los derechos humanos constitucionalizados, destinaré estas páginas a formular algunos de los principales lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos, con particular referencia al derecho constitucional peruano.

II. Primer lineamiento: la Constitución como Constitución del Estado constitucional

1. Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho

La tradición jurídica peruana es heredera de la europea continental, de la cual es posible reconocer y diferenciar al menos las dos siguientes modalidades de Estado de derecho: el Estado legal de derecho y el Estado constitucional de derecho. Aunque debe ser reconocido que ni nuestra historia es la historia de Europa, ni nuestra idiosincrasia la de ellos, conocer el significado y las esenciales diferencias entre las mencionadas modalidades de Estado de derecho resulta de especial utilidad porque nuestro sistema tiene los elementos para

ser reconocido como uno propio del Estado constitucional de derecho, el cual solo podrá ser entendido cabalmente en oposición al Estado legal de derecho.

De modo general, las singularidades no podrán ser mostradas en estas páginas, el Estado constitucional se presenta como una modalidad de Estado de derecho que tiene una pretensión esencial: superar las deficiencias dogmáticas y normativas del Estado legal. Esta superación, bien pronto se cayó en la cuenta, solo podía ser conseguida a través de una transformación de las bases mismas del Estado de derecho legal[1]. El conocimiento de estas bases nos pondrá en posición de comprender el Estado constitucional de derecho y, lo que puede ser más importante, ejecutarlo convenientemente. Aquí interesará solamente las características referidas directamente a la Constitución, las cuales, por otra parte, luego pueden ser trasladadas al grueso del sistema jurídico destinado, irremediablemente, a ser constitucionalizado.

2. La Constitución del Estado legal de derecho

En el Estado legal de derecho pueden ser identificados dos elementos normativos esenciales: uno es la superior posición jurídica de la Ley, y el otro es la definición meramente formal de la Ley. El Estado legal se construyó sobre la consideración de la Ley como primera fuente de juridicidad en el sistema jurídico[2]. Esta posición jurídica fue permitida y favorecida por una Constitución que, en el mejor de los casos, era normativa solamente en su parte orgánica, particularmente, la que regulaba la producción normativa. Era en este sentido *norma normarum*, la norma que regulaba la producción de las demás normas. La parte destinada a los derechos de la Persona no tenía reconocida naturaleza normativa, sus contenidos eran meras aspiraciones políticas que no generaban ningún vínculo jurídico. La Constitución del Estado legal, consecuentemente, fue una realidad sin contenido de justicia material.

Las consecuencias de una Constitución así entendida, fueron decisivas. Ahora solamente apuntaré las siguientes dos. Primera, los derechos de la Persona recogidos en la Constitución nacían al mundo jurídico solamente a

1 Para Zagrebelsky, "se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 34.

2 Así, "el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento". Idem., p. 24.

través de la Ley. La Ley transformaba la naturaleza de los derechos, de política a jurídica, a la hora que los regulaba para atribuirlos a todas las personas o a un grupo de ellas, y decidía los elementos que componían su contenido jurídico. De esta manera, los derechos de las personas expresados en la Constitución valían jurídicamente solo en el marco creado por la Ley.

La segunda consecuencia fue que el derecho en general y en particular el derecho de los derechos fundamentales, se construyó solamente sobre la base de exigencias formales, desde que la Ley no tenía reconocidos limites materiales[3]. La Ley no podía incurrir en inconstitucionalidad si cumplía con las disposiciones constitucionales que regulaba su producción: que haya sido emitida por el órgano con competencia para ello (normalmente el Parlamento), siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto (el procedimiento legislativo)[4].

En este escenario, se produjo "una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, el derecho y la justicia–, a lo dispuesto por la ley" [5]. Los grandes espacios de la vida pública quedaron a disposición de la Ley, y ésta podía decidir lo que fuera, a condición únicamente de cumplir las exigencias formales de producción que le imponía la Constitución.

Fue así que en el Estado legal de derecho se permitió y justificó lo que precisamente estaba llamado a combatir: el poder absoluto, las decisiones contrarias a la razón, en definitiva, el gobierno despótico de la mera voluntad del que mandaba. El poder público, representado ya no por el Rey y sus órdenes, sino por el Parlamento a través de la ley, no tuvo impedimento, ni tan siquiera moral, para adoptar cualquier decisión e imponerla por la fuerza si había necesidad. Era suficiente que una mayoría parlamentaria cumpliese con las exigencias formales previstas para reconocer a la decisión adoptada como una Ley, con el inmediato deber de sus destinatarios de cumplirla. Los jueces, y en general todos los operadores jurídicos, estaban destinados a

3 En palabras de Schiavello, el Estado legal de derecho, "reconoce como únicos o principales límites a la Soberanía estatal los 'procedimientos' que la autoridad legítima debe respetar para crear derecho válido". SCHIAVELLO, Aldo, *Repensar el tiempo de los derechos*, Editorial Zela, Puno 2019, p. 26.

4 En palabras de Ferrajoli, "una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido 'puesta' por una autoridad dotada de competencia normativa". FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", ob. cit., p. 16.

5 ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil,* p. 33.

convertirse en siervos de la ley a través de "la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador"[6].

De esta manera se creó un polvorín, no solo para el sistema jurídico, sino también para el entero sistema político. Bastó que una ideología política totalitaria tomara la mayoría del Parlamento para que se encendiera la chispa que hiciera volar por los aires las estructuras del Estado de derecho legal de los Estados de la Europa continental, y lo hiciera desde sus bases mismas. Todo el sistema jurídico se puso al servicio de ideologías políticas que, como el fascismo y todas sus modalidades, instrumentalizaron a la Persona en beneficio del Estado o de la Nación; y para conseguirlo bastó con poner al servicio de estas ideologías a la Ley.

En el Estado legal de la Europa continental se llegó a grados de indignidad y de desprecio al ser humano, más intensos que los que hasta entonces habían ocurrido en el Estado despótico gobernado por la mera voluntad del monarca. Por su lado, el sistema jurídico de la Europa anglosajona había quedado indemne porque si bien se construyó desde la Ley, el concepto de Ley siempre estuvo fuertemente atado a exigencias de justicia material que *sin ser puestas* conformaban su Constitución no escrita. Esta atadura no provenía de fuera de la Ley, sino de la conciencia misma del productor de la Ley, de su sometimiento a contenidos materiales de justicia que provenían de "los 'privilegios y libertades' tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento"[7].

3. La Constitución del Estado constitucional de derecho

A. Un concepto no solo formal de Constitución

Luego de la segunda guerra mundial hubo la necesidad en la Europa continental de una reconstrucción no solo económica, sino también –y acaso decisivamente– jurídica. La reconstrucción jurídica fue tan urgente como delicada, y muy pronto se cayó en la cuenta que no podía ser solo normativa sino también dogmática y estructural. No bastaba con nuevas normas para superar las nefastas consecuencias del Estado legal de derecho, sino que era

6 Ibidem.

7 Idem., p. 25.

necesario un nuevo concepto de Derecho, uno que fuese compatible con "la dignidad intrínseca y (…) los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos)[8]. Un concepto de Derecho a partir del cual se pudiese construir un sistema jurídico que impidiese en la mayor medida de lo posible, que los horrores de la segunda guerra mundial volviesen a producirse[9].

Era necesario, pues, un concepto de Derecho fuertemente vinculado a la Persona y a las exigencias de justicia material que desde ella pudiesen ser concluidas, las cuales debían de impregnar a la Ley. Pero esta impregnación, ¿debería ser inmediata o a través de alguna otra instancia como la Constitución? La asentada idea de una Constitución, por lo menos formalmente, por encima de la Ley, y las extralimitaciones que hasta entonces habían sido cometidas en nombre de la Ley y a través de la Ley misma, favoreció notablemente en la decisión de reconocer como primera fuente de juridicidad no más a la Ley, sino a la Constitución. Sin embargo, enrumbar el Estado de derecho reclamaba algo más que posicionar a la Constitución como primera fuente de juridicidad. Se necesitaba un concepto no solo formal sino también material de Constitución.

El error del Estado legal de derecho no fue colocar a la Ley como primera fuente de juridicidad, el error fue desvincularla de exigencias de justicia material. En Inglaterra, la Ley es soberana, pero no produjo ni justificó los excesos del Estado legal de derecho de la Europa continental, porque siempre hubo una conexión fuerte entre Ley y justicia natural, equidad y juego limpio[10], que le permitió formular reglas jurídicas basadas fuertemente en la naturaleza y en la razón[11]. Se habría persistido en el error si, colocan-

8 Desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos humanos, "la afirmación de los derechos [humanos], al mismo tiempo, es positiva y universal". SCHIAVELLO, Aldo, *Repensar el tiempo de los derechos*, ob. cit., p. 19.

9 La comunidad internacional surgida después de la Segunda guerra mundial, pone "en el centro de sus aspiraciones la consecución de un mundo en el que la persona pueda realizar y proteger su dignidad humana". BONET PÉREZ, Jordi, "Historia y evolución de la protección de los derechos humanos", en BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor M. (2008), p. 61.

10 PEREIRA MENAUT, Antonio–Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1992, p. 217.

11 BRAND, Jürgen, "La evolución del concepto europeo de Estado de Derecho", ob. cit., p. 43.

do a la Constitución como primera fuente de juridicidad, se la definía solo formalmente. Una tal definición formal diría algo parecido a lo siguiente: algo es Constitución cuando ha sido decidida por el órgano competente, en este caso la Asamblea Constituyente, siguiendo el procedimiento previamente previsto (normalmente por la misma Asamblea), en este caso el proceso constituyente.

Con una definición así de Constitución la situación no habría sido muy distinta a la del Estado legal, y las consecuencias podrían haber sido al menos las mismas. Si la Constitución es la primera fuente de juridicidad, y algo es constitucional solamente por haber sido producida por la Asamblea constituyente siguiendo el procedimiento constituyente, entonces, el Legislador constituyente podía tomar una decisión con cualquier contenido, incluso aunque afrente profundamente la dignidad humana al negar una básica exigencia de justicia, que igualmente tal decisión debería ser reconocida como derecho vinculante sin excepción. No sirve, pues, una definición meramente formal de Constitución. Es necesario una definición también material.

B. Un concepto también material de Constitución y la constitucionalización del derecho natural

Una definición también material de Constitución reclama reconocer que estamos ante una Constitución no solamente cuando se han cumplido las exigencias formales previstas, sino también, y acaso principalmente, cuando ella ha reconocido que existe algo que es debido al margen de la decisión del propio Legislador constituyente, al cual vincula irremediablemente. Si algo es *debido* no por la voluntad del Legislador constituyente y, en realidad, por ningún Legislador positivo, incluido el Legislador convencional (el Legislador de los tratados o convenciones internacionales), que son legisladores creados y reconocidos por la voluntad de las personas, entonces, a eso *debido* bien se le puede denominar como lo *debido naturalmente* o, *debido por la naturaleza humana*[12] o, sencillamente, *derecho natural.* Dicho de otro modo, un concepto material de Constitución la enlaza irremediablemente con el derecho natural.

---

12 PORTELA, Jorge Guillermo, *La justicia y el derecho natural*, Universidad San Pablo, Arequipa, 2006, p. 65.

Un derecho que es debido naturalmente sin la intervención de la voluntad del Legislador positivo, está compuesto por las siguientes tres exigencias de justicia[13]. En primer lugar, por la consideración de la Persona como una realidad que es fin en sí misma por ser lo que es. Se trata de reconocer el valor de la Persona, el cual dibuja su dignidad: ella vale siempre como fin porque tal valor le viene de lo que ella *es*, es decir, de su naturaleza o esencia humana. Desde esta esencia se concluye "la incapacidad ontológica de ser pertenencia ajena"[14]. Su valor es, pues, absoluto[15]. Que la persona valga absolutamente como fin tiene una consecuencia inevitable: está proscrito siempre y en todo caso tratarla como medio o instrumento[16]. A este valor absoluto debe sujetarse la decisión del Legislador positivo (nacional e internacional).

En segundo lugar, y como consecuencia necesaria de este primer contenido, forma parte del derecho natural el carácter instrumental de los poderes públicos; si la Persona es fin absoluto, entonces, todas las demás realidades, en particular, los poderes públicos, tienen la condición de instrumentos a su servicio[17]. Esta posición instrumental de los poderes públicos obliga al Legislador constituyente a organizarlos de la manera que más convenga para convertirlos efectivamente en medios al servicio de la Persona. El régimen constitucional de los poderes públicos que regula el sistema político de las concretas comunidades nacionales, las atribuciones y las relaciones entre los distintos órganos del poder público, tienen la obligación de construirse de cara al valor de la Persona.

Y, en tercer lugar, forma parte del derecho natural los derechos humanos. No cualquier concepción de derechos humanos como exigencias

---

13 De estas tres exigencias se podrá decir que "no son artefactos humanos; su fuerza obligatoria es independiente de su positivación por parte del hombre". SANTIAGO LEGARRE, Alfonso, "El concepto de derecho en John Finnis", en *Persona y Derecho*, número 40, 1999, p. 74.

14 HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, Piura, 1999, p. 101.

15 KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, 1996, p. 187.

16 En este sentido BLECKMAN, Albert. *Staatsrecht II – Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín, 1997, Rn 1, p. 539.

17 En palabras del Tribunal Constitucional alemán, se "lesiona la dignidad humana reducirlo [al ser humano] a mero objeto del Estado". BverfGE 50, 166 (175).

naturales de justicia es idónea, sino que es necesaria una de tipo material que permita la efectiva instrumentalización de los poderes públicos a favor de la más plena realización de la Persona como fin absoluto que es. Según un tal concepto material, que será propuesto más adelante[18], los derechos humanos conforman una realidad indisponible para el Constituyente, éste los "contempla como parte integrante de un ordenamiento jurídico preexistente y suprapositivo"[19] y, consecuentemente, los reconoce, no los crea[20]. La norma de derecho natural que es constitucionalizada, está referida al derecho humano en su contenido esencial máximamente indeterminado, como luego se justificará. Las concreciones de un tal contenido esencial que pueda ser formulada en la Constitución, ya no es puro derecho natural que el Constituyente se limita a reconocer, y conlleva una actividad creadora, conectada con la concreta realidad a la que se destina la Constitución, "asegurándose con ello un requisito fundamental de su propia existencia y eficacia"[21].

Estos tres contenidos son *debidos* a la Persona, por lo que conforman verdadero *derecho*; y son debidos *naturalmente*, es decir, al margen de la decisión del Legislador positivo. Son *derecho natural*. La Constitución del Estado constitucional reconoce el derecho natural a la hora que reconoce el valor de la persona, es decir, la dignidad humana; cuando reconoce a los derechos humanos como instrumentos de realización de la Persona[22]; y cuando decide organizar los poderes públicos para ponerlos al servicio de la Persona y les ordena que actúen de modo que promuevan la plena vigencia de los derechos humanos. Estos contenidos son verdadero derecho y no simplemente moral, aunque también es moral; inyectan justicia y rectitud moral a la Constitución y al entero sistema jurídico. La rectitud moral que se puede reconocer desde la justicia que representan estos elementos, "no es inferible de un De-

18 Cfr. el segundo lineamiento, apartado III.

19 BENDA, Ernest, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, ob. cit., p. 118.

20 PEREIRA MENAUT, Antonio–Carlos, *En defensa de la Constitución*, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima 2011, p. 416.

21 HESSE Konrad, "Constitución y Derecho constitucional", ob. cit., p. 7.

22 CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, p. 101.

recho natural existente al margen del pensamiento y la acción humanos"[23], sino que reclama la actuación del Legislador positivo para reconocer las exigencias de justicia natural, concretarlas y con ellas enfrentar con éxito las necesidades de una concreta e histórica realidad.

En efecto, a estas tres generales exigencias de justicia natural constitucionalizadas, se sumarán las concreciones que de ellas establezca el Constituyente mismo, unas y otras conformarán la parte esencial de las decisiones fundamentales de la Constitución a través de las cuales ésta cumplirá sus tareas de "formación y mantenimiento de la unidad política, así como la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico"[24], referido no solo de los poderes públicos, sino también de las principales esferas de existencia de la comunidad política. Los contenidos de derecho natural, así como las concreciones que de los mismos disponga el Constituyente, permitirán reconocer configurado un sistema normativo abierto que "posibilita concepciones y objetivos políticos diferentes (…). Permite, asimismo, tomar en consideración cambios, técnicos, económicos y sociales, adaptarse a la evolución histórica"[25]. Y es que las concreciones de las exigencias de justicia natural constitucionalizadas, deben corresponderse con "las valoraciones sociales de cada contexto histórico"[26], y a lo que sirve un institucionalizado pluralismo político[27].

Una Constitución que no reconoce, expresa o tácitamente, estas exigencias de justicia material, o las reconoce para negarlas, será tenida como una Constitución injusta, y no solo como una Constitución inmoral; y no podrá ser reconocida como una Constitución del Estado constitucional de derecho[28]. Estas tres normas de derecho natural constitucionalizado confor-

---

23 HESSE, Konrad, "Constitución y Derecho constitucional", en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 4.

24 Idem., p. 3.

25 Idem., p. 7.

26 GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Presentación…", ob. cit., p. 19.

27 GONZÁLES OJEDA, Magdiel, *Derecho Constitucional General*, Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma, Lima 2013, ps. 249 y ss.

28 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La Constitución del Estado constitucional", en *ADVOCATUS* 29, junio 2015, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ps. 79–90.

marán el contenido material de la Constitución[29], aunque no lo agotará, y reclama que cualquiera que sea la idea de justicia que identifique y pretenda ejecutar el Legislador parlamentario o el Juez, necesariamente se construya desde unas tales exigencias de justicia natural constitucionalizadas[30].

C. La Constitución como realidad normativa

Con base en lo que se lleva dicho, hoy no puede ser sostenido, como se sostuvo en el Estado legal, que la parte de la Constitución destinada a la Persona y sus derechos no tiene naturaleza jurídica, sino solamente política. Por el contrario, definida la parte dogmática de la Constitución como el conjunto de exigencias de justicia natural, no tiene otro modo de existir más que jurídicamente y, por tanto, vinculantemente. Y esta es la segunda característica de la Constitución del Estado constitucional de derecho: es una realidad plenamente normativa[31], vincula no solo su parte orgánica como en la Constitución del Estado legal de derecho, sino también la parte destinada a la Persona y sus derechos.

Toda ella, y no solo la parte formal, tiene la "vocación de convertirse en límites infranqueables del poder"[32]. Incluso, la fuerza normativa de los contenidos de derecho natural de la Constitución se predica, primero, de la Constitución misma, particularmente de su contenido orgánico, para, una vez constitucionalizada la Constitución, irradiarse hacia el entero sistema jurídico, tanto al de valor y rango constitucional distinto a la Constitución, como al de valor y rango infraconstitucional. De esta manera, las exigencias

---

29 Así, "[e]l contenido de los principios de justicia, como el de los derechos humanos, procede materialmente, claro es, del Derecho natural, pero su incorporación a la Constitución los positiviza plenamente". RUBIO LLORENTE, Francisco, "Il diritto mite", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 40, enero–abril, 1994, p. 431.

30 Y es que "[d]ecir que la Constitución es (o debe ser) 'abierta' significa que incorpora no una, sino varias ideas de justicia y que el Derecho producido a partir de las mismas ha de ser un *Derecho razonable*". GASCÓN ABELLÁN, Marina, "Presentación: la concepción del Derecho en 'El Derecho dúctil' "; en *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII (1996), p. 19

31 AGUILÓ Josep. *La constitución del estado constitucional.* Palestra, Temis, Lima–Bogota, 2004, ps. 51–52.

32 GRANDEZ CASTRO, Pedro, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Palestra editores, Lima 2016, p. 40.

de justicia natural constitucionalizadas, se convierten en parámetro de validez material del entero sistema jurídico, incluida la Constitución misma. Esta es la base sobre la que se sostiene el reconocimiento de las normas (formalmente) constitucionales (y materialmente) inconstitucionales[33].

Si la Constitución se destina a reconocer la posición jurídica de la persona y sus derechos humanos, y a organizar los poderes públicos para ponerlos al servicio de la Persona y de su plena realización, entonces, no es suficiente con reconocerla como una realidad normativa, sino que además reclama reconocerla como la principal norma sobre la que se edificará el entero ordenamiento jurídico nacional[34]. La Constitución del Estado constitucional es norma y además suprema del sistema jurídico interno. La Ley sigue siendo un instrumento decisivo para la operatividad del sistema jurídico, pero ya no es más el punto de inicio del derecho, sino que ella queda sometida a las constitucionalizadas exigencias de justicia material, a través de su sometimiento a la Constitución[35]. De modo que la Ley podrá ser constitucionalmente inválida, no solo por incumplir las exigencias formales de producción legal, sino también, y acaso particularmente, por no cumplir con las exigencias de justicia constitucionalizadas. Esto fue extremadamente decisivo en la recomposición del sistema jurídico sobre el que se sostendría la nueva modalidad de Estado de derecho destinado a superar las deficiencias del Estado legal.

La Constitución del Estado constitucional, por tanto, se define como una realidad que se pone al servicio de la Persona, y lo hace como norma suprema en la que se positiva el valor de la Persona y sus derechos humanos, y se organiza los poderes públicos de la manera que más y mejor sirva a la Per-

33 BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra editores, Lima 2008, ps. 53–71.

34 Por eso, se puede afirmar que "[l]a fuerza normativa constitucional ha encontrado en la tutela de los derechos fundamentales y en la garantía de la supremacía jurídica de la Constitución el fundamento tanto de su institucionalización como de su funcionamiento". LANDA ARROYO, César, "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", en BAZÁN, Víctor, HASH, Claudio, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile; Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011, p. 41.

35 La Ley, dirá Zagrebelsky, "un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella en misma en objeto de medición", ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 40.

sona y a su plena realización. Estas constitucionalizadas exigencias de justicia material, se convierten "en virtualmente relevantes para la interpretación de toda disposición, y para la solución de todo caso"[36] que con relevancia jurídica se presente.

4. La Constitución peruana como constitución del Estado constitucional de derecho

A. El contenido material de la Constitución

Llegados a este punto conviene enfrentar la cuestión siguiente: la Constitución peruana, ¿puede ser reconocida como una Constitución propia del Estado constitucional de derecho? Si examinamos el documento constitucional peruano, la respuesta no puede ser otra más que afirmativa. En efecto, de la Constitución peruana puede ser dicho que en ella se encuentran presentes los dos elementos que hacen a la esencia de la Constitución del Estado constitucional: ha positivado las esenciales exigencias de justicia que representa el derecho natural, lo que conforma su contenido material; y ha establecido la plena normatividad de todos sus contenidos.

La Constitución peruana se abre reconociendo a la Persona, el mayor valor jurídico (y moral) posible de ser reconocido: ella vale como fin supremo de la sociedad y del Estado. Lo ha dicho con las siguientes palabras: "[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", (artículo 1). Con esta declaración el Constituyente peruano, aunque con una fórmula lingüística deficiente[37], constitucionaliza la dignidad humana[38], según la cual "la persona se conci-

36 BARBERIS, Mauro, *Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*, Editorial Zela, Puno, 2019, p. 29.

37 Se trata "de una redacción menos clara que su precedente [la Constitución de 1979]" (BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, 5ª edición, Editora Rao, Lima, 1999, p. 107), en la que se disponía que "[l]a persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla" (artículo 1).

38 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel, "Artículo 1. Dignidad de la persona", en GUTIERREZ, Walter (director), *La Constitución comentada. Artículo por artículo*, volumen I, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima 2013, ps. 26–29.

be como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal"[39], de modo que se "proscribe la posibilidad de que la persona (…) pueda ser concebida como objeto del Estado"[40]. Este valor, aunque debe ser concretado en las circunstancias de cada caso[41], no deja de ser absoluto, es decir, se trata de un valor no sacrificable ni excepcionable: independientemente del ámbito y de las circunstancias que la rodeen, la Persona siempre estará acompañada por el mismo valor o dignidad[42], y con ello, por sus derechos fundamentales[43].

La Constitución peruana también ha constitucionalizado la posición jurídica de los poderes públicos como medios o instrumentos al servicio de la Persona. Lo ha hecho al disponer como deber primordial del Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 44). Los poderes públicos se ponen al servicio de la Persona, poniéndose al servicio de sus derechos humanos. La parte orgánica de la Constitución[44], tiene sentido desde la Persona y sus derechos fundamentales. En palabras del Tribunal Constitucional "todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada 'Constitución orgánica' se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio–derecho de dignidad humana, cuya defensa

39 EXP. N.° 04903–2005–HC/TC, fundamento 7.

40 EXP. N.° 02446–2003–AA/TC, fundamento 9.

41 LANDA ARROYO, César, "Dignidad de la Persona humana", en *Cuestiones Constitucionales*, número 7, julio–diciembre 2002, p. 118.

42 En palabras del Tribunal Constitucional, "la persona humana no pierde su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa". EXP. N.° 04903–2005–HC/TC, fundamento 7.

43 Tiene dicho el Alto Tribunal que "[l]a dignidad de la persona trae, así, consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se estaría negando el valor normativo del mismo principio de dignidad". EXP. N.° 2262–2007–PA/TC, fundamento 10.

44 La parte de la Constitución peruana destinada a "la institucionalización sistémica del cuerpo político; el conjunto de reglas para el establecimiento y función de los órganos y organismos estaduales; así como el reparto de competencias entre estos y los mecanismos de elección o designación de las autoridades encargadas de su conducción". GARCÍA TOMA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª edición, Lima 2008, Palestra editores, 440.

y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)"[45].

Para el Constituyente peruano, servir a la Persona, no solo pero fundamentalmente, es poner a los poderes públicos al servicio de los derechos humanos. Esto será posible no con base en cualquier concepto de derechos humanos, sino a uno de tipo material, como el que será propuesto en el siguiente apartado. Es extremadamente insuficientes conceptos formales como el que los define como "derecho atribuido por normas fundamentales"[46]; o como "mandatos de optimización"[47] que, precisamente, por carecer de referencia material alguna, obliga a entender que el contenido constitucional de los derechos fundamentales se expande y choca entre sí. Para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, el Constituyente peruano ha establecido, entre otros contenidos, un concreto sistema político basado en la democracia[48], un concreto equilibrio de poderes basado en un sistema presidencialista con algunas figuras propias del parlamentarismo[49], y un sistema económico basado en una iniciativa privada libre que se ejerce en el marco de una economía social de mercado[50].

---

45 EXP. N.° 5854–2005–PA/TC, fundamento 12.b.

46 PINO, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*. Editorial Zela, Puno 2018, p. 171.

47 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

48 Sistema político democrático que, según el Tribunal Constitucional, es un límite material implícito. Así dijo el Alto Tribunal: "[l]os límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases: (…) II. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado". EXP. N.° 014–2002–AI/TC, fundamento 76.

49 Son especialmente significativas las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Cfr. HAKANSSON, Carlos, *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, Piura, 2001, Capítulo V, ps. 397 y siguientes.

50 HAKANSSON, Carlos, "El régimen económico", en AA. VV. Constitución Política de Perú, Ministerio de Justicia y derechos humanos, Lima 2019, ps. 111–116.

Y, finalmente, en la Constitución peruana se han constitucionalizado los derechos humanos. Se ha hecho expresamente en el Título I (De la Persona y de la Sociedad), en su Capítulo I (Derechos Fundamentales de la Persona, artículos 1 al 3), en su Capítulo II (De los Derechos Sociales y Económicos, artículos 4 al 29), y en su Capítulo III (De los Derechos Políticos y de los Deberes, artículos 30 al 38). Expresamente también lo ha hecho fuera del Título I, por ejemplo, cuando ha reconocido distintas garantías del debido proceso (artículo 139). El Constituyente ha establecido expresamente que "[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [capítulo I, del Título I, derechos fundamentales] no excluye los demás que la Constitución garantiza [derechos sociales y derechos políticos]" (artículo 3)[51]. Como regla general, sin olvidar que, excepcionalmente, puede constitucionalizarse realidades que no se corresponden a los derechos humanos, el Constituyente peruano ha constitucionalizado no solo los derechos típicamente individuales, sino también los clásicamente sociales y los políticos[52], como derechos humanos: todos ellos son igualmente debidos a la Persona cuando de lo que se trata es de promover su máxima realización como consecuencia necesaria de ser considerada como fin supremo. Todos ellos son, pues, igualmente *fundamentales* para la plena realización de la Persona.

Pero no solo expresamente, sino también ha constitucionalizado implícitamente los derechos humanos. Lo ha hecho en estos términos: "[l]a enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye (...) otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (artículo 3)[53]. Esta cláusula se ha

51 Esta es la cláusula constitucional de equiparación entre los distintos derechos humanos constitucionalizados. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, tercera edición, Palestra editores, Lima 2007, ps. 120–125.

52 En particular, debe resaltarse la tarea que, para el reconocimiento de los derechos sociales como verdaderos derechos exigibles, ha cumplido el Tribunal Constitucional. Cfr. ESPINOSA–SALDAÑA BARRERA, Eloy; CRUCES BURGA, Alberto, "Apuntes sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú y los alcances de su judiciabilidad", en *THĒMIS–Revista de Derecho*, 67, 2015, ps. 109–115.

53 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, "El significado de la cláusula de los derechos no enumerados", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 3, 2000, ps. 3–25.

establecido con el propósito que "aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales"[54], e incluso, para "dotarlos de las mismas garantías de aquellos que si tienen [reconocimiento] expreso"[55].

El Constituyente peruano ha reconocido también principios materiales para interpretar y operar el derecho natural constitucionalizado[56]. En particular, el Constituyente peruano ha recogido expresamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad[57]. Así, ha sostenido que "[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantía constitucional] en relación con derechos restringidos o suspendidos [en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo" (último párrafo del artículo 200). El Tribunal Constitucional se ha encargado de extender la vigencia de estos principios materiales desde los regímenes de excepción, hacia todos los ámbitos del derecho[58], aunque, en particular, ha sido empleado para la "determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales"[59].

B. La Constitución peruana como norma suprema

La Constitución peruana al constitucionalizar las exigencias de justicia material y al organizar los poderes públicos teniendo como fin a la Persona

---

54 EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, fundamento 5.

55 Ibidem.

56 También para Perú es reconocible generosidad "en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de derechos fundamentales y modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional en la ciudadanía, ni en el ejercicio del poder de sus gobernantes con plena lealtad constitucional". LANDA ARROYO, César, "La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales", ob. cit., p. 18.

57 INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. "¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación", en *THĒMIS* 55, ps. 97–108.

58 Para el Tribunal Constitucional, "más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad". EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, fundamento 35. Hecha esta equiparación, se debe reconocer que el principio de razonabilidad "es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho". EXP. N. 0010–2002–AI/TC, fundamento 138.

59 EXP. N.º 4677–2004–PA/TC, fundamento 26.

y sus derechos humanos, está destinada irremediablemente a ser considerada como verdadera norma en todos sus contenidos, y además con el mayor valor jurídico y máximo rango normativo en el sistema nacional.

El Constituyente peruano ha reconocido la normatividad y consecuente vinculatoriedad de la Constitución, cuando ha ordenado que "[t]odos los peruanos tienen el deber de (…) cumplir y defender la Constitución" (artículo 38 de la Constitución). La vinculación es a todos, a gobernantes y a gobernados; pero en particular de los primeros, lo ha dicho con las siguientes palabras: "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45 de la Constitución).

Esta naturaleza normativa ha sido expresada por el Tribunal Constitucional al sostener que "[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto"[60]. Repárese en que este carácter normativo de la Constitución se predica no solo de la parte referida a la organización de los poderes públicos y a la regulación de las fuentes productoras de derecho, sino que se predica también, y especialmente, de la parte dogmática en la que se constitucionaliza las exigencias de justicia material.

Una vez reconocido el carácter normativo de la Constitución, el Constituyente se ocupa de darle el rango normativo correspondiente: es norma suprema, se posiciona por encima de la Ley y de todas las restantes normas del sistema jurídico. Lo ha expresado así el Constituyente: "[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente" (artículo 51 de la Constitución)[61]. En palabras del Tribunal Constitucional, "[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico–estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con

60 EXP. N.° 05854–2005–PA/TC, fundamento 12e.

61 PALOMINO MANCHEGO, José F., "Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho: una visión desde el Perú", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 58/59, ps. 227–242.

ella"[62]. Desde un punto de vista formal y material, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico peruano y, por eso, es parámetro de validez y eficacia, no solo de todas las demás normas que lo conforman, sino también de las decisiones privadas con relevancia jurídica[63].

C. Razonable constitucionalización del sistema jurídico peruano

Una vez reconocido que la Constitución peruana constitucionaliza las básicas exigencias de justicia natural que representan la posición jurídica de fin supremo de la Persona y sus derechos humanos, y la posición jurídica de instrumento de los poderes públicos; y reconocido también que toda ella es una realidad normativa y, por tanto, vinculante, tanto a los poderes públicos como a los privados; entonces, se debe necesariamente reconocer que la Constitución peruana es, al menos en el documento, una Constitución propia del Estado constitucional de derecho.

Esto tiene consecuencias decisivas sobre el entero ordenamiento jurídico nacional. Una de ellas es que la Constitución como norma suprema, permite y exige que las exigencias de justicia natural constitucionalizadas no solo signifiquen un límite negativo infranqueable, sino también un límite positivo que ayuda no solo a la conformación válida del resto del sistema jurídico, sino también a su constitucional interpretación y aplicación[64]. Las exigencias de justicia material que han sido constitucionalizadas terminan impregnando todos los niveles normativos, como condición necesaria, aunque no suficiente, de una razonable constitucionalización del entero sistema jurídico[65].

---

62 EXP. N.° 02209–2002–AA/TC, fundamento 7.

63 CASTILLO CÓRDOVA Luis, "El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 879–901.

64 El Tribunal Constitucional ha recordado que "en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución (…) donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas 'desde' y 'conforme' con la Constitución". EXP. N.° 1230–2002–HC/TC, fundamento 4.

65 El proceso de constitucionalización en el Perú "gira sobre todo en torno a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, considerando tanto su eficacia vertical como horizontal, y la fuerza normativa de cláusulas constitucionales como las de Estado social de Derecho o de economía social de mercado. En esa medida,

III. Segundo lineamiento: un concepto material de derechos humanos

1. Los derechos humanos como bienes humanos esenciales debidos

El segundo lineamiento que aquí presentaré, viene reclamado por el primero: en el contexto del Estado constitucional de derecho, no cualquier concepto de derechos humanos es conveniente. Se necesita uno que permita el engranaje de las dos posiciones jurídicas naturalmente debidas a la Persona: una, la consideración de fin en sí misma de ella; otra, la consideración de los poderes públicos como medios al servicio de la Persona; y que permita también colocar la existencia de los derechos humanos por fuera de la voluntad del Constituyente. Es decir, se necesita un concepto de derechos humanos compatible, con lo *debido naturalmente*. Estos elementos condicionan un concepto de derechos humanos en el seno de un Estado constitucional de derecho.

Muchas definiciones que cumplan estas exigencias pueden ser dadas. Aquí se mostrará solamente una de ellas que, además de cumplir con las mostradas condiciones, puede ser justificada tanto desde la Constitución peruana, como desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una tal definición se sostiene sobre la Persona, más precisamente, sobre lo que ella *es*, es decir, su naturaleza humana, y sobre lo que ella *vale*, es decir, su dignidad humana.

De la esencia o naturaleza humana debe ser reconocido un dato que es incontestable: ella es una realidad imperfecta, lo cual significa que experimenta una serie de necesidades y carencias. Estas necesidades que brotan directamente de la esencia humana y que a ella están unidas fuertemente, pueden ser llamadas como *necesidades humanas esenciales*[66]. Son tales, por

---

se interpreta y aplica directamente la Constitución para dar contenido a instituciones y categorías propias del derecho privado, el derecho de familia, el derecho del trabajo, entre otros. Se trata, además, de un proceso en el que el TC tiene un papel protagónico, pero en el que también participa el Poder Judicial. Sin embargo, sería ingenuo sostener que estamos frente a un proceso lineal, sin matices e, incluso, tropiezos". ALVITES, Elena, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso", en *Derecho*, N.° 80, 2018, junio–noviembre, ps. 384–385.

66 Se trata de verdaderas necesidades de la Persona, las que "no deben confundirse (…) con sus 'deseos', 'intereses', 'gustos', 'preferencias'", SOSA SACIO, Juan Manuel, "Crítica a

ejemplo, la de existir dentro de un equilibrio psicosomático que le permita a la Persona su normal desenvolvimiento; la existencia de un espacio propio donde desplegar su modo singular de ser; y, en fin, lo es el intervenir en la adopción de decisiones que le afectan.

A la vez, es un dato también fácilmente constatable que la naturaleza humana es una realidad que tiende al perfeccionamiento: se encuentra en constante intento de superación de sus *necesidades humanas esenciales*. Si el bien lo definimos como aquello que perfecciona el ser[67], entonces, la superación de necesidades humanas esenciales se llevará a cabo a través de *bienes humanos esenciales*[68]. Son tales, por ejemplo, *la salud* que tiende a satisfacer la necesidad de equilibrio sicosomático, *la intimidad* que tiende a satisfacer la necesidad de un espacio propio, o *la democracia* que hoy satisface la necesidad de participar en las decisiones que a todos afecta. En esta lógica, el goce de *bienes humanos esenciales* permitirá reconocer grados de superación de las necesidades esenciales y, consecuentemente, grados de perfeccionamiento en la Persona.

Pero al ser le sigue un valor, por lo que el concepto de derechos humanos debe también de construirse sobre lo que la Persona vale. Por ser lo que es, la Persona tiene un valor absoluto: es fin en sí misma, es, consecuentemente, el fin último o el fin supremo en el seno de toda comunidad política. Es fácil advertir que todo aquello que tiene la condición de fin, está llamado a ser conseguido o realizado.

La realización de la Persona, que es una realidad esencialmente imperfecta, estará indefectiblemente vinculada con el logro de grados de perfeccionamiento. Esto significa que la manera que tiene la Persona de ser realizada es a través de los *bienes humanos esenciales*. En este contexto, estos bienes tienen el carácter de *debidos* para ella: son bienes que se le adeudan porque teniendo ella valor de fin, está llamada a realizarse y, además, al ser no cual-

---

la dignidad humana y la noción de 'necesidades básicas' como un posible mejor fundamento para los derechos", en *THĒMIS* 67, 2015, p. 94.

67 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a–1103a.

68 Como, por ejemplo, "a) los bienes que conforman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y c) los bienes que son el objeto de esas operaciones". HERVADA, Javier Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, Piura 1999, p. 114.

quier fin, sino el fin último o supremo, la realización a conseguir ha de ser la más plena posible[69].

Si el derecho es lo *debido*, entonces, los *bienes humanos esenciales debidos* son derechos de la Persona por ser lo que es y valer lo que vale[70]. A estos derechos se les puede denominar como derechos humanos. Y así se les debe denominar no tanto para significar que son derechos titularizados por seres humanos, sino más bien, para significar que no son cualquier tipo de derechos titularizados por los seres humanos, sino que son un grupo de derechos que están directa y fuertemente enlazados con la naturaleza humana y con la dignidad humana[71].

Una definición material de derechos humanos, consecuentemente, es la siguiente: es el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la Persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización[72]. La naturaleza humana permite concluir necesidades humanas esenciales y a la vez bienes humanos esenciales, mientras que la dignidad humana permite justificar el carácter de debido a la Persona de tales bienes humanos esenciales. La dignidad humana es, pues, fuente de existencia jurídica (sin dignidad el bien humano no deja de ser más que un dato empírico), y exigibilidad jurídica de los derechos humanos[73]. Así, la

---

69 Con acierto se ha advertido que "la existencia de una necesidad humana no implica de inmediato que ésta deba ser satisfecha o que las demás personas o instituciones tengan alguna carga –moral– frente a ellas". SOSA SACIO, Juan Manuel, "Crítica a la dignidad humana y la noción de 'necesidades básicas' como un posible mejor fundamento para los derechos", ob. cit., p. 97. El deber de satisfacción nace del reconocimiento del carácter de debido al bien humano esencial que satisface la necesidad humana esencial.

70 En este contexto, "el conjunto de bienes inherentes a su ser representa *cosas suyas*, que los demás no pueden interferir y de las que no pueden apropiarse mas que por la vía de fuerza y violencia, que lesionaría el estatuto ontológico de la persona; son, pues, derechos de la persona, derechos que la persona tiene en virtud de su naturaleza". HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, Universidad de Piura, 1999, ps. 101–102.

71 NIKKEN, Pedro, "Sobre el concepto de derechos humanos", en AA. VV., *Seminario sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1997, ps. 17 y ss.

72 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; número 16, año 2012, ps. 820–852.

73 SERNA, Pedro, "La dignidad de la persona como principio de derecho público", en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Número 4, Madrid, 1995, p. 294.

salud, la intimidad, la democracia como bienes humanos esenciales debidos, son derechos humanos.

El goce de los bienes humanos esenciales debidos, o derechos humanos, puede tener intensidades distintas según las circunstancias; lo cual permite reconocer –desde un punto de vista jurídico–, que la realización de las Personas tiene grados distintos. Por lo que puede ser formulado el siguiente principio: a mayor goce de los bienes humanos esenciales debidos a través del mayor ejercicio de los derechos humanos, mayor grado de realización de las personas. O, dicho de otra forma: a más vigencia de los derechos humanos habrá un mayor grado de realización de la Persona. Mientras más derechos humanos son cumplidos o respetados, la Persona va adquiriendo y/o gozando de un mayor número de bienes humanos, y con ello va satisfaciendo un mayor número de necesidades humanas, lo cual desembocará en una mayor realización o perfeccionamiento humano. Esto es lo más cercano a la felicidad como anhelo humano[74]. La plena vigencia de los derechos humanos se convierte en un elemento esencial del bien común o bien público[75] cuya promoción corre por cuenta particularmente de los poderes públicos.

En este contexto, los poderes públicos tienen en los derechos humanos a un decisivo elemento objetivo para ponerse al servicio de la Persona y cumplir con la naturaleza instrumental que tienen: los poderes públicos se ponen al servicio de la Persona, poniéndose al servicio de los derechos humanos. Tanto la Persona como sus bienes humanos esenciales debidos, se convierten en fin. De cara a los poderes públicos, decir que la Persona es fin supremo equivale a decir que sus derechos humanos son fin supremo.

La definición material de derechos humanos aquí propuesta cumple con las dos condiciones que arriba se justificaron respecto del concepto de derechos humanos conveniente en el Estado constitucional de derecho. El concepto propuesto permite el engranaje de las dos posiciones jurídicas *naturalmente debidas* a la Persona, tanto la de ella misma como fin supremo, como la de los poderes públicos como instrumentos a su servicio. También permite reconocer que los bienes humanos debidos que significan los dere-

74 CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid 1993, p. 168.

75 POOLE, Diego, "Bien común y derechos humanos", en *Persona y Derecho*, 59, ps. 97–113.

chos humanos existen, no por la voluntad del Legislador constituyente (o del Legislador convencional), sino que tienen existencia fáctica y jurídica por lo que la Persona *es* y *vale*. Es un concepto que tiene a la Persona como inicio y fin: como inicio porque desde ella se construye; y como fin, porque es un concepto dirigido a conseguir la plena realización de la Persona.

2. La concepción material de derechos humanos en el derecho constitucional peruano

A. La naturaleza humana y la dignidad humana

En este punto conviene preguntarse si es posible construir esta propuesta definición material de derechos humanos desde la Constitución peruana. Si los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, entonces, puede ser sostenido que la Constitución peruana permite un tal concepto material de derechos humanos, al constitucionalizar, expresa e implícitamente, los elementos que permiten su construcción.

Como ya se mostró atrás, el Constituyente peruano ha reconocido el valor de la persona a la hora que de ella ha establecido que es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1). Este valor humano significa la dignidad humana. El valor o dignidad humana depende solo del *ser* de la Persona, no depende de ninguna circunstancia distinta. En palabras del Tribunal Constitucional, "la persona humana no pierde su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa"[76].

Si el *valor* es una consecuencia del *ser*, entonces, debe sostenerse que cuando el Constituyente reconoce expresamente la dignidad humana, está reconociendo tácitamente la esencia o naturaleza humana. Este reconocimiento tácito se encuentra explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que no es extraño encontrar referencias a la naturaleza humana para justificar derechos humanos. Así, por ejemplo, en relación al derecho a la propiedad tiene dicho el Alto Tribunal que "en lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legisla-

76 EXP. N.° 4903–2005–HC/TC, fundamento 7.

dor estatal, sino en la propia naturaleza humana"[77]; así también, en relación al derecho al trabajo ha sostenido que "la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: (…) –Vocación y exigencia de la naturaleza humana"[78]; y, en fin, tiene establecido que "la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano"[79].

A la dignidad humana reconocida por el Constituyente peruano en el artículo 1, el Tribunal Constitucional le ha atribuido el papel de fundamento y fuente de los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados. En efecto, "la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales"[80], de modo que "los derechos fundamentales se derivan del principio–derecho de dignidad de la persona humana"[81].

Este papel de fundamento de la juridicidad y de la consecuente exigibilidad de los derechos fundamentales, lo cumple la dignidad humana no solamente de los derechos individuales y propiamente de libertad, sino de todos los derechos, también de los clásicamente conocidos como derechos sociales y de los derechos políticos. Y no podía ser de otra manera desde que a causa de que la persona es fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que corresponde es conseguir su máxima realización posible, y para lograrla todos los bienes humanos esenciales, también los típicamente sociales y políticos, se convierten en realidades *debidas*, *adeudadas*. Para el Tribunal Constitucional, el "principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada"[82]. En definitiva, la dignidad humana cumple "rol de fundamento, fin y límite (…) frente a la existencia de todos los derechos fundamentales"[83].

---

77 EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, fundamento 26.a.
78 EXP. N.° 0008–2005–PI/TC, fundamento 18.
79 EXP. N.° 0489–2006–PHC/TC, fundamento 11.
80 EXP. N° 0011–2002–AI/TC, fundamento 9.
81 EXP. N.° 4903–2005–PHC/TC, fundamento 7.
82 EXP. N.º 2945–2003–AA/TC, fundamento 19.
83 EXP. N.° 2273–2005–PHC/TC, fundamento 7.

Como los derechos fundamentales se fundamentan en la dignidad humana, y ésta a su vez en el ser humano, entonces, allá donde vaya la Persona no solo irá con su valor o dignidad, sino también llevará consigo sus derechos fundamentales. A esto se refiere el Tribunal Constitucional cuando ha sostenido que "[l]a dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad"[84].

C. Los derechos humanos como bienes humanos debidos

Si se considera constitucionalizada implícitamente la naturaleza humana y explícitamente la dignidad humana, entonces, se podrá justificar la existencia de *bienes humanos esenciales debidos* en el sistema jurídico peruano: la naturaleza humana, como ya se dijo, permite reconocer existentes necesidades humanas y bienes humanos, los cuales incluso pueden ser calificados de esenciales por estar fuertemente vinculados a la esencia o naturaleza humana; mientras que la dignidad humana permite justificar el carácter jurídico de tales bienes para reconocerlos como debidos y, consecuentemente, como verdaderos derechos. Los derechos humanos constitucionalizados, es decir, los derechos fundamentales, pueden ser definidos desde la Constitución peruana, como bienes humanos esenciales debidos, tal y como se ha propuesto arriba.

Esta definición material de derechos humanos, y que, como se justificó, conviene a los propósitos del Estado constitucional de derecho, es posible de ser encontrada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tiene dicho el supremo intérprete de la Constitución que "[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección"[85]. O, por ejemplo, cuando ha sostenido que "[t]enemos expresado en nuestra jurisprudencia que todo derecho constitucional –expreso o implícitamente reconocido– tiene un ám-

84 EXP. N.º 6079–2009–AA/TC, fundamento 5.

85 EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento 10.

bito protegido, un bien jurídico identificable"[86]. Cuando el Alto Tribunal hace referencia al "bien jurídico susceptible de protección", o al "bien jurídico identificable", a lo que refiere es a lo que aquí se ha identificado como el bien humano esencial debido, conectado a la satisfacción de necesidades esenciales. No es extraño encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional una fuerte vinculación entre necesidades (esenciales) y derechos fundamentales. Así, por ejemplo, tiene dicho que "para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones (…) las constituciones suelen habilitar una cláusula de 'desarrollo de los derechos fundamentales'"[87]. De modo que en el constitucionalismo peruano debe reconocerse que en la base de cada derecho fundamental existe un bien humano debido que es, precisamente, el que define la esencia y el alcance razonable de su contenido constitucional.

D. La plena realización de la Persona como consecuencia de la plena vigencia de los derechos humanos

Definidos los derechos humanos como bienes humanos debidos, debe exigirse su más plena vigencia, particularmente por parte de los poderes públicos, como un medio eficaz para conseguir la más plena realización de la Persona. Este razonamiento también es posible de ser identificado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando ha reconocido que el Estado constitucional de derecho se caracteriza por "su tendencia a la mayor protección y realización posible de los derechos fundamentales"[88]. En efecto, si los derechos fundamentales "se derivan del principio–derecho de dignidad de la persona humana"[89], entonces, se entiende perfectamente que se sostenga que "en la dignidad humana y desde ella, es posible (…) garantiza[r] la plena realización de cada ser humano"[90]. Así, el concepto material de derecho humano aquí propuesto, permite sostener que el valor de la persona, es decir, su

86 EXP. N.° 03179–2004–AA/TC, fundamento 15.
87 EXP. N.º 0895–2001–AA/TC, fundamento 5.
88 EXP. N.° 04903–2005–PHC/TC, fundamento 7.
89 EXP. N.° 04903–2005–PHC/TC, fundamento 7.
90 EXP. N.° 2273–2005–PHC/TC, fundamento 8.

dignidad, justifica (y exige) que la plena realización de la persona se consiga a través de la plena vigencia de los derechos fundamentales[91].

De esta manera, los derechos humanos se convierten en el fin a cuyo servicio se coloca el Estado a través de sus poderes públicos. El deber primordial que el Constituyente peruano impone al Estado "garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 44), se justifica en el hecho de que, en palabras del Tribunal Constitucional, la dignidad humana "representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple"[92]. Para este Alto Tribunal, "[e]xiste, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional"[93].

De esta manera es posible justificar, desde el ordenamiento constitucional peruano, que el concepto de derechos humanos aquí propuesto permite compatibilizar la posición jurídica de la Persona con la posición jurídica de los poderes públicos. Esto, como se recordará, fue la primera de las condiciones planteadas para reconocer como conveniente para el Estado constitucional de derecho, a un concepto de derechos humanos.

E. Los derechos humanos como realidades indisponibles para el Legislador constituyente

En el concepto material de derecho humano aquí propuesto y que es posible construir desde la Constitución peruana, los bienes humanos existen y son debidos a la Persona no porque así lo haya decidido el Legislador constituyente, sino por lo que ella es (naturaleza humana) y por lo que ella vale (dignidad humana). Este modo de entender los derechos humanos, se condice con su condición de componentes del derecho natural. El Legisla-

---

91 Así, por ejemplo, y en relación al derecho a la educación, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "se logra esbozar una interpretación acorde con la protección debida al derecho fundamental a la educación, como una realidad no contradictoria y coherente con los otros bienes constitucionales consagrados en la Constitución, y para una plena realización de la persona humana y su dignidad". EXP. N.º 0091–2005–PA/TC, fundamento 6.

92 EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, fundamento 5.

93 Idem., fundamento 6.

dor constituyente se limita a reconocer su existencia y a regular su contenido esencial de modo básico. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal"[94].

De esta manera, queda comprobado el segundo elemento que permite reconocer como conveniente al concepto de derechos humanos aquí propuesto: su existencia no depende de la voluntad de ningún Legislador, ni tan siquiera del Constituyente. La labor de éste es la de reconocimiento y la de regulación básica.

IV. Tercer lineamiento: una metodología armonizadora de derechos fundamentales antes que una conflictivista

Los problemas jurídicos en relación a los derechos fundamentales pueden ser resueltos mediante metodologías distintas. Cada una de ellas solo es posible de ser reconocida con base en determinados presupuestos dogmáticos, uno decisivo es el concepto mismo de derechos fundamentales. Aquí solamente me referiré a dos metodologías: la conflictivista y la armonizadora, para mostrar cómo la segunda es la reclamada por un concepto material de derechos humanos como el que aquí ha sido propuesto.

1. La metodología conflictivista

La metodología conflictivista, sobre la base de unos presupuestos teóricos de la modernidad[95], propone que los derechos fundamentales son realidades que colisionan en su contenido constitucional. Esta colisión se da porque se parte de un concepto de derechos fundamentales que propicia precisamente el conflicto. Un concepto de derecho fundamental que permite este resultado es el que surge de equipararlos a los principios, y el definir éstos como "mandatos de optimización, que están caracterizados por el he-

94 EXP. N.° 4637–2006–PA/TC, fundamento 45.

95 Una explicación de los presupuestos teóricos del conflictivismo en CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundmaentales*, EUNSA, Pamplona 2000, ps. 123-175.

cho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas"[96].

Así definidos, los derechos fundamentales tendrían un ámbito de protección ilimitado en la medida que viene conformado por "todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución"[97]. Esta conformación o adscripción tiene carácter *prima facie*[98] y se lleva a cabo con base en criterios muy laxos, ya que "[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*"[99]. En este contexto conceptual el resultado es inevitable: el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede ser contrapuesto y entrar en conflicto con el contenido *prima facie* ilimitado de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional[100]. Surgido el conflicto, éste solo puede resolverse sacrificando el contenido constitucional de uno de los derechos en contradicción.

Así las cosas, surge la necesidad metodológica de crear una zona *restringible* en el contenido constitucional del derecho fundamental: todo derecho fundamental tiene una parte restringible o sacrificable en su contenido constitucional[101]. La restricción o sacrificio del contenido constitucional de un derecho fundamental será permitido sólo cuando y en la medida que

96 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86.

97 BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

98 Es la traslación de la categoría deber *prima facie* que formulara Ross. Cfr. ROSS. W. D., *Lo correcto y lo bueno*, Traducción de Rodríguez, L., Ediciones Sígueme S. A., Salamanca 1994, p. 35 y ss.

99 BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad…*, ob. cit. p. 460.

100 El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como "dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio". ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87.

101 Se trata de "la periferia [que] puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social". BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad…*, ob. cit., p. 405.

sea necesario para permitir el ejercicio del contenido constitucional del otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional con el que entra en conflicto. Aquí surge la necesidad de una herramienta que permita establecer cuál de los dos contenidos constitucionales de los derechos fundamentales en pugna ha de restringirse y en qué medida. Para satisfacer esta necesidad se ha creado la herramienta llamada principio de proporcionalidad, de cuya aplicación se obtiene, en cada caso concreto, una *relación de precedencia condicionada*[102], a través de la cual –y con base en la fórmula del peso[103]–, se identifica el derecho prevalente y el derecho sacrificado.

2. Deficiencias de la metodología conflictivista

Esta metodología tiene una serie de dificultades que han sido puestas de relieve por autores como Jürgen Habermas[104], Aulis Aarnio[105] y Luis Prieto[106]. A ellas se ha de añadir al menos las siguientes dos. Primera, que no existe ninguna exigencia constitucional que obligue a concebir los derechos fundamentales con un contenido constitucional de carácter ilimitado, aun *prima facie*, ni tampoco que obligue a asumir que el contenido constitucional de un derecho fundamental está dividido en dos partes, una restringible y la otra no sacrificable. Se trata sencillamente de exigencias metodológicas propias de una determinada epistemología iusfundamental, de modo que, si es posible reformular ésta, será posible abandonar aquellas. El único acuerdo, por tratarse de un hecho objetivo, es que las disposiciones iusfundamentales son mandatos abiertos y genéricos que requieren de concreciones. Sin embargo, de la incuestionable y objetiva exigencia de determinación y concreción de la norma constitucional abierta que se desprende del texto constitucional, no se sigue necesariamente que los derechos fundamentales deban concebirse como una realidad que se expande ilimitadamente en su contenido constitucional, para chocar y luego ser sacrificada y restringida.

---

102 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 92.

103 ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, p. 67

104 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 4ª edición, Trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 2005, ps. 328 y ss.

105 AARNIO, A., "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña 4,* 2000, ps. 596 y ss.

106 PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, ps. 180 y ss.

Y segunda, la metodología conflictivista al proponer la existencia de contenidos constitucionales contrarios ente sí, rompe el principio de unidad de la Constitución porque concluye dos normas contrarias a partir de dos disposiciones constitucionales distintas; y rompe el principio de normatividad de la Constitución porque permite el sacrificio del contenido constitucional del derecho fundamental que, por pesar menos, debe ser desplazado como solución del conflicto[107].

Las deficiencias de la metodología conflictivista reclaman preguntarse si es posible una metodología alternativa que se condiga más y mejor con la posición de la Persona como fin supremo que proscribe el sacrificio de sus fundamentales derechos, y de la Constitución como norma fundamental plenamente vinculante que proscribe el sacrificio de sus contenidos.

3. La metodología armonizadora

Una metodología alternativa es la no conflictivista o armonizadora. Una tal teoría reclama formular los derechos fundamentales desde la Persona misma. Un modo de conseguirlo es a través de la definición de derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados, y los derechos humanos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara a su titular grados de realización, tal y como aquí se ha justificado.

Según esta definición, los bienes humanos debidos hacen a la esencia del derecho humano y, por tanto, conforma su contenido esencial. Los bienes humanos, si realmente son tales, no pueden ser contrarios entre sí[108], de modo que no podrá ser reconocido que el contenido esencial de un derecho humano entre en contradicción con el contenido esencial de otro derecho humano[109]. Si, además, la Constitución como norma fundamental está des-

---

107 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales…*, ob. cit., ps. 329-331.

108 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 93.

109 Si los bienes humanos conforman la finalidad de cada derecho humano, entonces, "[l]a imposibilidad de conflicto entre los fines se traduce en una imposibilidad de conflicto entre los derechos que los persiguen". DESANTES, José María y SORIA, Carlos, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Asociación de la Prensa de Madrid, Madrid 1991, p. 66.

tinada a constitucionalizar el contenido esencial del derecho fundamental, de modo que conforma el contenido constitucional del derecho humano, entonces, tampoco podrá ser sostenido que el contenido constitucional de un derecho fundamental entra en colisión con el contenido constitucional de otro derecho fundamental[110].

Según esta metodología no conflictivista los derechos fundamentales no entran en conflicto en su contenido constitucional[111], el conflicto o contradicción se da entre las pretensiones de un caso concreto, pero no en el nivel de los derechos fundamentales invocados como sustento de cada una de las pretensiones[112]. Al no entrar en conflicto, no hay necesidad de ponderar derechos para hacer prevalecer uno y sacrificar el otro, sino que lo exigido es delimitar el alcance razonable del derecho fundamental para establecer si una determinada pretensión planteada cae o no dentro del contenido constitucional invocado como justificación.

Reconocido que los derechos fundamentales no pueden entrar en colisión en sus respectivos contenidos constitucionales, la solución de los problemas iusfundamentales no requiere preguntarse cuál derecho de los invocados en un caso concreto pesa más para hacerlo prevalecer y sacrificar el otro derecho, sino que lo exigido es averiguar cuál de las pretensiones planteadas por las dos partes en un proceso, si la pretensión del demandante o la pretensión del demandado, se corresponde con el derecho fundamental invocado. La razón es que no es posible que ambas pretensiones signifiquen el ejercicio razonable del contenido constitucional de los derechos fundamentales respectivos, y a la vez tales pretensiones sean contradictorias entre sí. Al ser contrarias las pretensiones, solo una de ellas dos se corresponde con el ejercicio razonable del derecho fundamental invocado como justificación, y habría que destinar la actividad argumentativa para justificar cuál es[113].

---

110 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales*…, ob. cit., ps. 333 y ss.

111 SERNA, Pedro, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información", en *Humana Iura* 4, Pamplona 1994, ps. 197–234.

112 SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional…* Ob. cit., p. 37.

113 Por eso se acierta cuando se sostiene que "[c]uando se presenta ante el operador jurídico un problema relacionado con un derecho fundamental, la primera tarea que

La metodología para averiguarlo es la propia de una delimitación del alcance razonable del contenido constitucional de un derecho fundamental en las concretas circunstancias. Para tal delimitación el operador jurídico tiene a su disposición una serie de criterios de interpretación constitucional a partir de los cuales producirá razones para sostener que una pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental determinado. Se empezará atendiendo a la Constitución misma, a través de una interpretación literal pero sistemática debido al principio de unidad de la Constitución[114]; y debido a que "los datos que la Constitución ofrece pueden no bastar –y no bastarán normalmente– para discernir de modo preciso esas acotaciones de los ámbitos de protección jurídica"[115] de los derechos fundamentales, se tendrá que acudir a elementos externos al texto constitucional, como son el significado del bien humano debido que al constituir el *thelos* del concreto derecho fundamental permite entrada a la interpretación teleológica; se deberá acudir también a las circunstancias del caso concreto tal y como la exige el criterio de interpretación de concordancia práctica[116]; y, en fin, se deberá tomar en cuenta el derecho convencional vinculante para el Estado, lo que reclamará una interpretación concordante con la legislación convencional.

4. La metodología empleada por el Tribunal Constitucional peruano

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es posible encontrar la aplicación de ambas metodologías[117], aunque predominante-

---

debe abordarse es la determinación del contenido esencial del derecho". MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales*, en "Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol", nº 32, Valencia, 2000, p. 126.

114 "Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto". EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, fundamento12.a.

115 MARTÍNEZ–PUJALTE, Antonio Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 69.

116 En virtud del cual "toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta 'optimizando' su interpretación, es decir, sin 'sacrificar' ninguno de los valores, derechos o principios concernidos". EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, fundamento 12.b.

117 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales*…, ob. cit., ps. 356 y ss.

mente la metodología conflictivista[118]. Sin embargo, no han sido pocos los casos en los que la aplicación de la metodología conflictivista ha sido solamente nominal porque luego de emplear una nomenclatura propia del conflictivismo, el Alto Tribunal terminaba resolviendo el caso a través de una lógica delimitadora del alcance razonable del contenido constitucional del derecho fundamental.

Fue el caso en el que el Tribunal Constitucional contrapuso la libertad de información con el derecho al honor, justificó la posición preferente de la mencionada libertad por contribuir al sistema democrático, y admitió que "cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales"[119]; para inmediatamente después afirmar que "sólo en apariencia, en el caso de autos se presenta un conflicto entre dos derechos constitucionales (el derecho a la buena reputación y las libertades informativas) que debe ser resuelto conforme a la técnica de la ponderación de bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos, esto es, aquella según la cual ha de prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas o, pese a ser falsa, sin embargo, ésta no se ha propalado animada por objetivos ilícitos o socialmente incorrectos del informante"[120].

En este caso, bien vistas las cosas, que la información tenga relevancia pública, que no se sustente en expresiones ofensivas y que sea veraz, no son condiciones de ejercicio prevalente de la libertad de información sobre el derecho al honor (o cualquier otro derecho fundamental), sino que son condiciones de ejercicio razonable de su contenido constitucional.

---

118 "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", en *Revista Peruana de Derecho Público*, número 11, julio–diciembre 2005, ps. 127–151.

119 EXP. N.° 0905-2001-AA/TC, fundamento 14.

120 EXP. N.° 0905-2001-AA/TC, fundamento 15.

V. Cuarto lineamiento: la constitucionalización de los derechos humanos

1. Distintas normas constitucionales

Con base en la distinción entre disposición y norma[121], es posible sostener que en las constituciones los derechos humanos se constitucionalizan a través de diferentes tipos de enunciados lingüísticos, a partir de los cuales se concluyen normas constitucionales distintas. Estas normas se denominarán como normas constitucionales directamente estatuidas[122], y pueden ser definidas como el conjunto de normas que manifiestan la voluntad del Legislador constituyente y que son consecuencia de una interpretación literal[123], pero no aislada, sino sistemática[124] de las disposiciones constitucionales como conformantes "de un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto"[125]. Estas normas aceptan ser clasificadas de la siguiente manera: normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa, normas constitucionales de relevante grado de indeterminación normativa, y normas constitucionales sin relevante grado de indeterminación normativa[126]. A continuación, se definirán cada uno de estos tres tipos, y se ejemplificarán desde la Constitución peruana, para inmediatamente después mostrar las relaciones que entre ellas pueden ser reconocidas como instrumentos de reconocimiento y regulación de los derechos humanos.

2. Las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa

La voluntad del Legislador constituyente respecto de la Persona y sus derechos humanos, puede manifestarse a través de enunciados lingüísticos

---

121 GUASTINI, Riccardo, "Disposición vs. Norma", en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima, 2011, ps. 133–156.

122 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 66.

123 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad…*, ob. cit. p. 115.

124 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 33.

125 Para el Tribunal Constitucional, "la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto". EXP. N.° 5854–2005–PA/TC, fundamento 12a.

126 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El derecho al trabajo y el proceso de amparo*, Palestra editores, Lima 2017, ps. 45–47.

en los que se limita a mencionar el nombre del *bien humano esencial debido* en que consiste el derecho humano. Desde este tipo de disposiciones es posible concluir normas con máximo grado de indeterminación normativa. Con estas disposiciones y consecuentes normas se constitucionalizan derechos humanos en sentido estricto; esto reclama reconocer –al menos la posibilidad–, de que el Constituyente constitucionalice realidades que solo de modo impropio pueden ser denominados como derechos humanos, lo cual ocurrirá cuando se limite a mencionar el nombre de un bien humano no esencial[127].

Un enunciado lingüístico que se limita a mencionar el nombre del bien humano esencial debido para reconocerlo, plantea una serie de relevantes cuestiones. Una de ellas puede ser formulada así: ¿Qué se constitucionaliza con un enunciado de esas características? Con base en la aquí justificada definición de derechos humanos, deberá ser sostenido que con esas fórmulas lingüísticas se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano, aunque será una constitucionalización con máximo grado de indeterminación normativa.

En efecto, los derechos humanos definidos como el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la Persona, permite advertir que un derecho humano es tal derecho y no otro distinto por el concreto bien humano que le da sustento. De modo que el referido bien humano debido conforma la esencia del derecho humano. A esta esencia se le llamará aquí "contenido esencial". Así las cosas, cuando el Legislador positiva en una Constitución un derecho humano y lo hace limitándose a mencionar el nombre del bien humano debido, no constitucionaliza fórmulas huecas, sino que constitucionaliza la esencia del derecho humano que positiva, es decir, constitucionaliza su contenido esencial. Y lo hace de una manera máximamente indetermi-

127 Para Chávez–Fernández Postigo y Ríos Carrillo, "[u]n derecho fundamental podría ser llamado 'impropio', porque se trata de un derecho no históricamente imprescindible para el perfeccionamiento de la persona según su dignidad ontológica (…). Pero también podría ser llamado "impropio" (…) un aparente derecho que, en realidad, es más bien una lesión –sin duda, socialmente controversial– a un bien debido en justicia (…). Mientras que en el primer caso, lo que habría quedado comprometida sería su fundamentabilidad (…); en el segundo caso lo habría sido su juridicidad misma". CHÁVEZ–FERNANDEZ POSTIGO, José y RÍOS CARRILLO, Piero, "De la tesis de la doble naturaleza de Alexy a un 'iusnaturalismo moderado': Una propuesta de comprensión de los derechos fundamentales implícitos a partir de la jurisprudencia constitucional de Perú y Chile", en *Revista Chilena de Derecho,* vol. 46 Nº 1, 2019, p. 191.

nada, porque al limitarse a mencionar el nombre del bien humano, nada dice acerca del contenido esencial. Para saber lo que el contenido esencial constitucionalizado significa, habrá que acudir a normas constitucionales de otro tipo.

Pongamos un ejemplo de lo que se lleva dicho, y hagámoslo desde el ordenamiento constitucional peruano. En la Constitución peruana, se ha positivado el derecho humano a la libertad y seguridad personales en los términos siguientes:

> "Artículo 2.– Toda persona tiene derecho: (…) 24. A la libertad y a la seguridad personales".

Este enunciado lingüístico reconoce a toda Persona el derecho humano a la libertad y seguridad personales, y lo hace limitándose a mencionar el nombre del bien humano que lo justifica. En la medida que el bien humano mencionado hace a la esencia del derecho humano reconocido, habrá que reconocer que con esta disposición se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano a la libertad y seguridad personales. La norma que brota de la disposición transcrita puede ser mostrada a través del siguiente enunciado deóntico:

> N2.24: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad y a la seguridad personales.

De esta norma constitucional directamente estatuida puede ser dicho que recoge la voluntad del constituyente peruano de constitucionalizar en términos máximamente indeterminados el contenido esencial del derecho humano a la libertad y seguridad personales. No se ha constitucionalizado una fórmula hueca, sino el bien humano esencial debido a la Persona. La norma N2.24 nada dice acerca de lo que significa tal contenido esencial constitucionalizado; eso lo podrá decir el Constituyente a través de normas con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa.

3. Las normas con relevante grado de indeterminación normativa

Es fácil constatar que la operatividad de cláusulas máximamente abiertas que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido, es sumamente escaza. Por esta razón el Legislador constituyente suele acompañarlas de otros enunciados lingüísticos de tipo diferente y destinados a concretar los

de máxima indeterminación para favorecer su aplicación práctica. Un tipo de esos enunciados son las disposiciones conformadas por elementos gramaticales con algún grado relevante de indeterminación lingüística, las mismas que dan como consecuencia normas directamente estatuidas con algún grado relevante de indeterminación normativa. Son normas abiertas, pero no en grado máximo como las que se limitan a mencionar el nombre del bien humano; sino son normas que dicen algo más del bien humano debido, pero lo dicen empleando al menos un elemento normativo abierto. Estas normas suelen venir recogidas a continuación de las de máximo grado de indeterminación normativa, incluso compartiendo el mismo número de la disposición constitucional. Veamos un ejemplo desde la Constitución peruana.

En la Constitución peruana, inmediatamente después de la disposición en la que el Constituyente se limita a mencionar el nombre del bien humano debido libertad y seguridad personales, el Constituyente abre una serie de apartados en los que se recogen enunciados distintos. Uno de ellos está expresado en el apartado d. del artículo 2.24 con el siguiente enunciado lingüístico:

> "Artículo 2.24. (…) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez (…)".

La disposición constitucional 2.24.f permite concluir una norma constitucional directamente estatuida en los siguientes términos deónticos:

> N2.24.f: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Esta norma constitucional directamente estatuida concreta la norma constitucional con máximo grado de indeterminación normativa N2.24 antes formulada. La concreción resultante es una de relevante grado de indeterminación normativa porque se compone de al menos un elemento normativo que reclama a su vez de una adicional concreción: *mandato motivado del Juez*. ¿Cuándo un mandato judicial se ha de considerar motivado?, es una pregunta que permite varias respuestas igualmente razonables, pero la voluntad del Constituyente nada ha dicho al respecto. La precisión de este elemento requiere de una normatividad añadida, la que vendrá, por ejemplo, de la mano de una Ley de desarrollo constitucional.

4. Las normas sin grado relevante de indeterminación normativa

La otra manera que tiene el Constituyente de acompañar las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa es a través de disposiciones que se conforman a través de elementos sin relevante grado de indeterminación lingüística, que dan como consecuencia normas directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Se trata de contenidos normativos que se formulan sin grado relevante de indeterminación, es decir, son contenidos normativos que no necesitan de una concreción posterior para permitir su plena operatividad, de forma tal que, aunque contenga algún elemento indeterminado, éste será irrelevante porque será de tal magnitud que no impedirá reconocer el mandato como uno preciso. Así entendidas, estas normas se acercan mucho al concepto de reglas, de las que es posible reconocer que "contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"[128] y, además –habría que agregar–, de grado máximo de determinación. En relación a estas normas, no existe necesidad de acudir a otras fuentes jurídicas para hacerlas operativas acabadamente.

Acudamos, una vez más, a la Constitución peruana para ejemplificarlas. En ella se ha recogido un enunciado constitucional en los términos siguientes:

> "Artículo 2.24. (...) f: (...) El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las cuarenta y ocho horas (...)".

Desde esta disposición se concluye la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

> N2.24.f': Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas.

Como puede apreciarse, se trata de una formulación normativa acabada de modo que es posible una inmediata y plena operatividad. Y lo es porque su enunciado normativo no tiene elemento indeterminado alguno, no al menos de relevancia. Esta norma es también una concreción de, al menos, una norma de máximo grado de indeterminación normativa. Así, la norma

128 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87.

constitucional N2.24.f', está concretando la norma constitucional de máximo grado de indeterminación normativa N2.24.

Las normas con máximo grado de indeterminación normativa son concretadas por el Constituyente mismo a través de normas con relevante y/o sin relevante grado de indeterminación normativa. De las normas constitucionales con máximo grado de indeterminación normativa es posible reconocer una mayor jerarquía material y axiológica respecto de las normas con relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa[129], pues la norma de máximo grado "brinda fundamento axiológico, justificación"[130] a las de relevante y sin relevante grado de indeterminación, en la medida que estas son concreciones de aquellas. De entre estos tres tipos de normas constitucionales directamente estatuidas, las normas sin relevante grado de indeterminación normativas son las más escazas en la parte de la Constitución destinada a los derechos humanos. Respecto de ellos, normalmente el Constituyente manifiesta su voluntad a través de normas con máximo y con relevante grado de indeterminación normativa.

5. Reconocimiento de los derechos humanos y creación de concreciones de su contenido esencial

Tal y como se han definido aquí los derechos humanos su existencia no depende de la decisión del Legislador constituyente. Los bienes humanos existen por el *ser* y son debidos por el *valor* de la Persona, como ya fue justificado. Frente a los derechos humanos la labor del Legislador constituyente es de reconocimiento. Un reconocimiento que no es necesario para su existencia jurídica y consecuente exigibilidad, sino que es conveniente para su eficacia. La finalidad del reconocimiento que lleva a cabo el Legislador constituyente es la de ayudar a su aseguramiento y plena vigencia.

En estricto, y con base en la definición de los derechos humanos como bienes humanos debidos que preexisten a la voluntad del Constituyente, la labor de reconocimiento que lleva a cabo el Legislador constituyente se

129 Sobre jerarquía material y axiológica véase PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, ps. 86–101.

130 GUASTINI, Riccardo, *Primera lección de interpretación*, Editorial Zela, Lima 2019, p. 59.

circunscribe a las normas con máximo grado de indeterminación normativa. El papel de reconocimiento solo se predica del bien humano debido, y se extiende a las normas que se limitan a mencionarlos, es decir, a las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa a través de las cuales se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano de un modo máximamente abierto.

Por el contrario, cuando el Constituyente formula normas con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, su labor no es de reconocimiento, sino de creación efectiva. A través de este tipo de normas, el Legislador constituyente concreta el significado máximamente abierto del contenido esencial constitucionalizado a través del reconocimiento del correspondiente bien humano debido que acontece de la mano de las normas de máximo grado de indeterminación normativa; y la concreción llevada a cabo ya no es un mero reconocimiento, sino una creación efectiva en toda regla. No se trata de una creación *ex novo*, sin duda, porque es una creación que concreta un bien humano debido preexistente y constitucionalizado, pero no es el mero reconocimiento de algo preexistente.

VI. Quinto lineamiento: el contenido esencial del derecho humano y el contenido constitucional del derecho fundamental

Una vez mostradas las normas constitucionales a través de las cuales el Legislador constituyente recoge las exigencias de justicia material que permitan al Estado constitucional de derecho superar las deficiencias del Estado legal de derecho, corresponde analizar lo que tales normas constitucionalizan.

1. La regla general: la coincidencia

Todas las normas que son directa manifestación de voluntad del Legislador constituyente, y a través de las cuales reconoce los derechos humanos o los regula de modo básico, constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano que positiva. Lo constitucionaliza de modo máximamente abierto cuando al reconocer al derecho humano preexistente, se limita a mencionar el nombre del bien humano esencial debido; y lo constitucionaliza con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa

cuando concreta el bien humano constitucionalizado para regular de modo básico el contenido esencial máximamente indeterminado. Lo que el Constituyente constitucionaliza de un derecho humano es su contenido esencial.

De este modo, el contenido esencial del derecho humano, una vez constitucionalizado, equivale al contenido constitucional del derecho fundamental. A partir de esta conclusión es posible sostener esta equivalencia:

Contenido esencial = Contenido constitucional

Esta equivalencia, que debe ser tenida como una regla general, permite excepciones. Es posible los casos en los que el contenido constitucional directamente estatuido por el Constituyente de un derecho fundamental, no equivalga al contenido esencial del derecho humano constitucionalizado. Será este el caso cuando el Constituyente, a través de una norma con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, ha creado una concreción que no aparece como directa respecto del bien humano debido, sino como una concreción sucesiva y accidental del mismo. Aunque, de igual modo a lo que ocurría con los derechos humanos impropios, son casos no ordinarios, pero no por ello imposibles de ocurrir.

En referencia al derecho humano libertad y seguridad personales, por ejemplo, su contenido esencial ha sido constitucionalizado por el Constituyente peruano a través de normas constitucionales directamente estatuidas: a través de la norma de máximo grado de indeterminación normativa N2.24, a través de la norma constitucional de relevante grado de indeterminación normativa N2.24.f, y a través de la norma constitucional sin relevante grado de indeterminación normativa N2.24.f', por solo mencionar las normas que han sido formuladas líneas atrás. Al constitucionalizarse el contenido esencial, éste se transforma en el contenido constitucional de la libertad y seguridad personales. Así, en referencia al derecho humano a la libertad y seguridad personal, vale la siguiente fórmula:

Contenido esencial = Contenido constitucional =
N2.24 + N2.24.f + N2.24.f'+ …

2. La excepción: la inconstitucionalidad de las decisiones del Legislador constituyente

Advertido que el Constituyente constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano que positiva, corresponde atender la cuestión acerca de la validez material de tal constitucionalización.

A. La vinculación del Constituyente a los derechos humanos

El Estado constitucional de derecho superará de modo efectivo las aporías y deficiencias del Estado legal de derecho, si los contenidos materiales de justicia son efectivamente cumplidos en las distintas instancias normativas. Sin embargo, conviene preguntar si esta obligación alcanza o no al Legislador constituyente. Al menos dos razones permiten sostener una respuesta afirmativa. La primera razón es que el Legislador constituyente no crea el bien humano esencial debido, sino que éste preexiste a la decisión de reconocimiento y concreción que adopte el Constituyente. En efecto, según el concepto material de derecho humano aquí propuesto, el bien humano esencial debido existe como consecuencia del *ser* y el *valor* de la Persona, y como tal vincula a la decisión que adopte el Constituyente. La segunda razón es que, como se ha justificado también, el Estado constitucional de derecho reclama un concepto no solo formal sino también material de Constitución, y un tal concepto irremediablemente impide admitir como derecho válido y exigible cualquier decisión por el solo hecho de haber sido adoptada por el Legislador Constituyente. La decisión del Constituyente, además de cumplir las exigencias de forma, debe satisfacer las esenciales exigencias de justicia material.

Estas dos razones justifican sostener que las decisiones del Constituyente tienen, en las exigencias de justicia material que representan los derechos humanos, un límite que debe ser cumplido efectivamente, pero que, por propia definición, es posible (fáctica y jurídicamente) su incumplimiento. Admitido que la obligación de sujetarse a las exigencias de justicia material también se predica del Constituyente, corresponde indagar cómo se verifica este cumplimiento y su eventual incumplimiento. Lo primero que debe ser advertido es que el cumplimiento, y eventual incumplimiento, serán posibles de ser identificados en la diversidad de las normas constitucionales que el Constituyente estatuye directamente, y que aquí han sido clasificadas como normas constitucionales de máximo grado, de relevante grado y de

irrelevante grado de indeterminación normativa. Conviene, pues, llevar a cabo el análisis según el tipo de norma constitucional directamente estatuida.

B. El incumplimiento a través de las normas de máximo grado de indeterminación normativa

En relación a las normas con máximo grado de indeterminación normativa debe ser dicho, una vez más desde el concepto de derechos humanos aquí justificado, que los bienes humanos esenciales son debidos a la Persona por lo que ella es y vale; esto significa que el Constituyente, si no desea incurrir en injusticia, tiene la obligación de cumplir con lo que a la Persona se le adeuda. Este cumplimiento se verifica cuando el Constituyente reconoce a las Personas los bienes humanos esenciales que le son debidos, y este reconocimiento acontece cuando se limita a mencionar el nombre del bien humano debido para reconocerlo a todas las personas. Así, por ejemplo, cuando el Constituyente peruano ha dicho que "Toda persona tiene derecho: (…) 24. A la libertad y a la seguridad personales" (artículo 2).

Del mismo modo, el Legislador constituyente incumplirá con este deber cuando menciona el nombre del bien humano, pero para negarlo a todos. Así, sería este el caso, por ejemplo, si el Constituyente decidiese que "Nadie tiene derecho a la libertad personal". Si así aconteciese, el Constituyente habría incumplido con lo *debido* a la Persona y, consecuentemente, habría incurrido en injusticia; y, por tratarse de la negación plena de un bien humano esencial, la injusticia deberá ser considerada como una de intensidad máxima, lo que permite reconocerla como insoportablemente injusta, con una consecuencia necesaria: su no nacimiento al mundo jurídico[131].

Estas situaciones, aunque teóricamente posibles, en la práctica son extremadamente improbables. De hecho, si se diese así, el documento que las recogiese no debería ser tenido como una Constitución, no por lo menos como una propia del Estado constitucional de derecho. Lo que normalmen-

131 En palabras de Radbruch, "la contradicción entre la ley 'positiva' y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. (…) ahí la ley no es solo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica". RADBRUCH, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en *G. Radbruch, Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, p. 89.

te ocurrirá es que el Constituyente cumpla debidamente con su papel de reconocimiento de los bienes humanos debidos esenciales.

C. El incumplimiento a través de las normas de relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa

Ahora analicemos la situación desde las normas con relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa. Como se explicó, estas normas recogen concreciones de las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa. En efecto, una vez constitucionalizado en términos máximamente abiertos el contenido esencial de los derechos humanos, el Constituyente suele formular concreciones del mismo, normalmente a través de normas con relevante grado de indeterminación, y más escasamente a través de normas sin relevante grado de indeterminación normativa.

Estas concreciones por estar recogidas en la Constitución serán concreciones formalmente constitucionales. Sin embargo, la concreción puede ajustarse o desajustarse del contenido esencial constitucionalizado que pretenden concretar. Si la concreción se ajusta al contenido esencial, la norma constitucional que la recoge será formal y materialmente constitucional. Si, por el contrario, la concreción se desajusta del objeto concretado, la norma que la recoge será una norma formalmente constitucional, pero materialmente inconstitucional. Las normas (formalmente) constitucionales (y materialmente) inconstitucionales[132], son supuestos posibles, y aunque extraordinarios, son más probables de ocurrir que los supuestos de injusticia insoportable de las normas constitucionales con máximo grado de indeterminación normativa. De ocurrir una norma directamente estatuida que concreta desajustadamente al bien humano debido constitucionalizado, no necesariamente significará una situación de injusticia intolerable, ni tampoco necesariamente significará una situación de inconstitucionalidad manifiesta[133]. La consecuencia es que no necesariamente una norma constitucio-

132 Lo tengo justificado en "La Constitución como objeto de control constitucional", *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, ps. 273–283.

133 Una norma es manifiestamente inconstitucional "cuando no es posible mostrar ninguna razón a favor de la constitucionalidad de la norma, y si alguna es mostrada resulta tan débil que se convierte en una razón aparente". CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El derecho al trabajo*, ob. cit., p. 54.

nal inconstitucional de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, será considerada como una norma jurídicamente inexistente, sino que existente podrá ser incluso eficaz hasta que el respectivo proceso de reforma constitucional tenga lugar.

3. Un ejemplo desde la Constitución peruana

Corresponde ahora graficar lo que se lleva dicho con un ejemplo, y se hará de la mano del Tribunal Constitucional peruano. Este Alto Tribunal ha tenido oportunidad de identificar normas constitucionales inconstitucionales. Por ejemplo, lo ha hecho respecto de la prohibición de los jueces y fiscales no ratificados, de reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público, recogida en el artículo 154.2 de la Constitución, y en relación al derecho a la igualdad recogido en el artículo 2.2 de la Constitución.

En la primera de las disposiciones constitucionales mencionadas, el Constituyente decidió lo siguiente[134]:

> Artículo 154: "Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura: (…) 2. Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. El proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias".

Desde esta disposición se concluyen las siguientes normas constitucionales directamente estatuidas, ambas con relevante grado de indeterminación normativa (el significado de la ratificación y el modo cómo obtenerla, respectivamente, es abierto):

> N154.2: Está permitido al Consejo Nacional de la Magistratura ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años.
>
> N154.2': Está prohibido a los jueces y fiscales no ratificados, reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público.

134 Recientemente, esta disposición constitucional fue modificada. El actual texto constitucional dispone lo siguiente: "Artículo 154.– Son funciones de la Junta Nacional de Justicia: (…) 2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años; y ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres años seis meses. Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público".

Mientras que en el artículo 2.2 decidió el Constituyente peruano de la siguiente manera:

> Artículo 2: "Toda persona tiene derecho: (…) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole".

Desde esta disposición es posible concluir dos normas constitucionales directamente estatuidas. La primera es una de máximo grado de indeterminación normativa, y puede ser mostrada en los siguientes términos deónticos:

> N2.2: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la igualdad.

La segunda norma es una de relevante grado de indeterminación normativa, y se escribe de la siguiente manera:

> N2.2': Está prohibido discriminar a cualquier persona por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Fue el caso que un ex Juez que fue separado del Poder Judicial por no ser ratificado por el entonces Consejo Nacional de la Magistratura, interpuso una demanda de amparo con la pretensión que se le permitiese volver a postular a una plaza judicial. Habiendo rechazado amparar la pretensión del ex Juez las dos primeras instancias del proceso de amparo, el asunto llegó al Tribunal Constitucional, el cual sostuvo lo siguiente:

> "la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2º, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial"[135].

De esta declaración del Alto Tribunal se concluye, primero, que para el Supremo intérprete de la Constitución peruana, lo que aquí se ha identifi-

135 EXP. N.° 1333–2006–PA/TC, fundamento 5.

cado como norma N154.2' es contraria a la norma N2.2'; y segundo, que la proscrita es la norma N154.2' precisamente por ser discriminatoria. Para el referido Tribunal la norma constitucional directamente estatuida N154.2' es una norma inconstitucional, por eso "exhorta al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación"[136].

Utilizando el modo de entender aquí propuesto, puede decirse que para el Tribunal Constitucional ha ocurrido lo siguiente. Que la norma N154.2' concreta a la norma N2.2'. A pesar que ambas son normas con relevante grado de indeterminación, lo son en componentes distintos, y aquella es consecuencia de aplicar (o de no aplicar) ésta a una situación específica: la de los jueces y fiscales no ratificados. Así, el contenido esencial constitucionalizado del derecho humano a la igualdad proscribe la discriminación (norma N2.2'), pero este mandato a la hora que el Constituyente peruano lo ha concretado respecto de los jueces y fiscales no ratificados –a entender del Tribunal Constitucional–, ha sido desnaturalizado por el mismo Constituyente, el cual ha incurrido en discriminación (norma N154.2').

La norma N154.2' es una norma existente porque ha cumplido las exigencias de forma previstas y, por eso, es formalmente constitucional, pero a su vez es contraria a la exigencia de justicia que representa el derecho humano a la igualdad, y que ha sido constitucionalizada a través de la norma N2.2', y por esa razón es materialmente inconstitucional. Empleando la terminología aquí presentada, habría que reconocer que la norma N154.2' es una norma (formalmente) constitucional (y materialmente) inconstitucional.

Si fuese reconocido que el Tribunal Constitucional acierta cuando sostiene que el Constituyente peruano incurrió en inconstitucionalidad material cuando prohíbe a los jueces y fiscales no ratificados reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público[137], la injusticia que significa esa inconsti-

136 Idem., fundamento 7.

137 Sin negar la existencia de la categoría "norma constitucional inconstitucional", es posible sostener que en este caso concreto el Tribunal Constitucional se equivoca a la hora de considerar que la aquí denominada norma N154.2' es contraria a la norma N2.2'.

tucionalidad no puede ser tenida ni como intolerable ni como manifiesta. Consecuentemente, la norma N154.2' no puede ser tenida como jurídicamente inexistente y, como existente que es, puede ser dicho de ella que es materialmente inconstitucional, aunque esto no impidió su eficacia desde un inicio.

Sin embargo, una norma directamente estatuida formalmente constitucional y materialmente inconstitucional, de existir, debería ser ineficaz: debería ser inaplicada en el caso concreto por los controladores de la constitucionalidad que, para el caso peruano –como se indicará más adelante–, son el Tribunal Constitucional y los jueces. Solo el Congreso de la República a través de una ley de reforma constitucional, podrá decidir invalidarla[138].

VII. Sexto lineamiento: el derecho constitucional adscripto de origen nacional

1. Una definición

Hasta ahora se ha hecho referencia a la voluntad del Legislador constituyente que se recoge en las normas constitucionales directamente estatuidas. Pero estas normas constitucionales no conforman el único conducto que alimenta el derecho constitucional sobre derechos humanos. Junto a ellas existen otras que son mayor en número y de innegable importancia práctica. Me refiero a las llamadas normas constitucionales adscriptas[139], que son normas que nacen al sistema jurídico adheridas fuertemente a las normas constitucionales estatuidas por el Legislador constituyente. Por las fuentes

---

Lo tengo justificado en *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima 2018, ps. 401–411.

138 En el caso de los jueces y fiscales no ratificados referido como ejemplo, el Congreso de la República, en ejercicio del poder constituyente atribuido, ha decidido expresamente que no solo los jueces no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público, sino que tampoco pueden hacerlo los jueces y fiscales destituidos por medida disciplinaria, que era lo que tácitamente había decidido en el original texto constitucional. De esta manera, se confirma el error del Tribunal Constitucional de considerar inconstitucional la norma N154.2'. Lo tengo justificado en "Los Jueces y Fiscales no ratificados no pueden reingresar ni al Poder Judicial ni al Ministerio Público", en *Gaceta Constitucional*, tomo 136, abril 2019, ps. 111–116.

139 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 70.

productoras, aquí se diferenciarán las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, de las de origen internacional o convencional. En este apartado serán tratadas las primeras, y las segundas se abordarán en el apartado siguiente.

Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional se definen como el conjunto de interpretaciones que de las disposiciones constitucionales formulan vinculantemente los órganos constitucionales en ejercicio de la función pública atribuida, con la finalidad de concretar directamente las normas constitucionales estatuidas por el Legislador constituyente[140]. Al ser concreciones directas de la voluntad del Constituyente, tienen valor constitucional y, consecuentemente, lo que les corresponderá será rango constitucional. Sin embargo, puede ser que no siempre sea así, y dependerá de lo que el Constituyente haya decidido en cada sistema jurídico nacional. Aquí el análisis se realizará del sistema constitucional peruano, aunque las conclusiones podrán trasladarse fácilmente al sistema constitucional de otras comunidades nacionales.

2. Órganos productores

En el sistema jurídico peruano, los órganos productores de este derecho constitucional adscripto, son el Congreso de la República a través de las leyes, y el Poder Ejecutivo a través de decretos legislativos. En uno y otro caso, el derecho constitucional adscripto se produce desde leyes o decretos legislativos que interpretan directamente a la Constitución para desarrollarla necesariamente, es decir, son leyes de desarrollo constitucional[141]. De estas interpretaciones vinculantes de la Constitución, no cabe duda de que son normas porque emplean dos mecanismos de producción normativa previstos en la Constitución: las leyes en el artículo102.1, y los decretos legislativos en el artículo 104. Al ser normas que concretan directamente la Constitución, les corresponde un valor normativo constitucional y, consecuentemente, un rango normativo también constitucional. Sin embargo, en el sistema jurídico peruano, a las leyes de desarrollo constitucional se les ha asignado

140 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El derecho al trabajo*, ob. cit., ps. 42–43.

141 Las leyes de desarrollo constitucional están previstas en la Octava disposición final y transitoria de la Constitución en los siguientes términos: "[l]as disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional".

el rango legal, pero con la única finalidad de hacerlas pasibles de control constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución)[142]. Esto en nada debería menoscabar su valor constitucional, y por tal razón se las debe considerar como como parte del bloque de constitucionalidad[143].

En el caso peruano, el derecho constitucional adscripto también es producido por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. En uno y otro caso la producción ocurre en las sentencias que emiten cuando tienen que enfrentar problemas jurídicos de relevancia constitucional, y para cuya solución deben interpretar las disposiciones constitucionales. Estas interpretaciones son verdaderas normas por las siguientes dos razones. Primera, porque se trata de interpretaciones vinculantes que se formulan en ejercicio de la función pública asignada[144] y la vinculatoriedad hace a la esencia de la normatividad; y porque son concreciones de normas constitucionales directamente estatuidas[145], y la concreción sigue la naturaleza del objeto concretado. Estas interpretaciones vinculantes, junto con las reglas jurídicas particulares que significan los fallos, conforman la jurisprudencia. Esta fuente de derecho, a diferencia de las leyes y decretos legislativos, "[n]o requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura"[146]. Habrá que reconocer que "es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia"[147], y es que, en particular, "la interpretación es una actividad creadora de normas"[148]. Estas interpretaciones vinculantes concretan directamente las normas constitucio-

142 En palabras del Tribunal Constitucional, la enumeración que de las normas se realiza en el artículo 200.4 de la Constitución, "tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la 'acción' de inconstitucionalidad". EXP. N.° 0025–2005–Pl/TC y 0026–2005–Pl/TC, fundamento 32.

143 HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Universidad de Piura – Palestra editores, 3ª edición, Lima 2019, ps. 184–191.

144 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad…*, ob. cit., p. 127.

145 Esta segunda razón bien puede asemejarse a la "relación de precisión" y a la "relación de fundamentación", a las que se refiere Alexy. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 69 y 70.

146 EXP. N.º 047–2004–AI/TC, fundamento 34.

147 Idem.

148 GRANDEZ CASTRO, Pedro, *El ascenso de los principios*, ob. cit., p. 75.

nales estatuidas por el Constituyente, por lo que tienen valor constitucional y, consecuentemente, rango constitucional. Por esta razón, al igual que las leyes de desarrollo constitucional, las interpretaciones directas que de la Constitución realiza la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad[149].

Las normas constitucionales creadas por estos órganos públicos, nacen al mundo jurídico adheridas a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, porque son interpretaciones directas de las mismas. Adscriptas a ellas, comparten su valor y rango constitucional, y las acompañan allá donde ellas vayan. Unas y otras conforman el derecho constitucional vigente de una comunidad política e integran su bloque de constitucionalidad. Esto vale tanto para normas constitucionales dogmáticas como orgánicas, aquí solamente interesará hacer referencia de las primeras.

3. El contenido constitucional de los derechos fundamentales y las normas constitucionales adscriptas

En referencia a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Legislador constituyente destinadas a positivar las exigencias de justicia que representan los derechos humanos, vale afirmar que a ellas se le adscriben todas las interpretaciones vinculantes establecidas tanto por el Legislador, ya sea el Parlamentario y el Ejecutivo a través de leyes de desarrollo constitucional, así como por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, con la finalidad de concretarlas.

Como se justificó atrás, las normas constitucionales directamente estatuidas sobre un derecho fundamental, en sus tres modalidades, están destinadas a constitucionalizar el contenido esencial del derecho humano que positiva. Esto permitió justificar, como regla general, una equivalencia entre el contenido esencial del derecho humano y el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Pues bien, las concreciones directas que de estas normas se lleguen a establecer, están destinadas a conformar el contenido constitucional del derecho fundamental.

---

149 Hace al bloque de constitucionalidad las normas de valor constitucional. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Lima 2018, ps. 47–52.

Consecuentemente, las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, están destinadas a conformar el contenido constitucional del derecho fundamental. De esta manera, y como regla general, puede ser sostenido que el contenido constitucional de un derecho fundamental está conformado por las normas constitucionales directamente estatuidas, más las normas constitucionales adscriptas de origen nacional:

Contenido constitucional = normas constitucionales directamente estatuidas + normas constitucionales adscriptas de origen nacional

Esta regla general puede tener excepciones. Será éste el caso cuando la interpretación vinculante que de la Constitución formulen los órganos nacionales destinados a crear normas constitucionales adscriptas, formulen interpretaciones indirectas, sucesivas y no esenciales de las normas constitucionales directamente estatuidas. Si así ocurriese, la norma será una constitucional adscripta solo formalmente, materialmente será una norma infraconstitucional (una norma legal adscripta o, más excepcionalmente, una norma reglamentaria adscripta). Aquí interesará razonar desde la regla general.

4. Un ejemplo

Conviene ejemplificar lo que se lleva dicho, y se hará desde la regla general formulada inmediatamente atrás. Se hará desde el ordenamiento constitucional peruano y en referencia al derecho fundamental a la libertad y seguridad personales. Como se recordará, desde las disposiciones constitucionales fue posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

> N2.24.f: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Otra manera de formular esta norma es la siguiente:

> **N2.24.f**: Está permitido ser detenido con mandato escrito y motivado del juez.

El Legislador ejecutivo, a través de decreto legislativo, ha concretado esta norma constitucional directamente estatuida N2.24.f, en su elemento

de relevante grado de indeterminación "mandato motivado". Ha dispuesto el mencionado legislador que un mandato se tendrá por motivado, si es que justifica la concurrencia de tres requisitos que habilitan al juez para disponer una detención preventiva sobre una persona procesada penalmente. Lo ha hecho a través del Decreto legislativo 957, en particular, en su artículo 268, del que puede ser concluida una norma con el siguiente enunciado deóntico:

> **N268 Decreto legislativo 957:** Está permitido al Juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

La Corte Suprema también ha concretado la norma constitucional directamente estatuida N2.24.f. Lo ha hecho, entre otras, en la Casación 626–2013. En esta sentencia, se estableció como interpretación vinculante de la referida norma directamente estatuida, y concretadora del elemento de relevante grado de indeterminación "mandato motivado", el deber del Juez de fundamentar, además de los requisitos previstos en la norma N268 Decreto legislativo 957, la proporcionalidad y la duración de la medida. No habrá mandato motivado si es que en la resolución judicial que dispone la prisión preventiva no existe una justificación referida a estos dos requisitos.

Así, del fundamento 22 de la mencionada Casación, puede ser reconocida la siguiente regla jurídica:

> **N22 CAS 626–2013:** Está ordenado al Juez fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración.

De esta manera, el debate en la audiencia de prisión preventiva que debería llevarse a cabo, pasó a tener cinco partes:

> **N24 CAS 626–2013:** Está ordenado que el debate de la audiencia de prisión preventiva, se divida en cinco partes en las que se discuta acerca de: i) la existencia de los fundados y graves elementos de convicción; ii) la existencia de una prognosis de pena mayor a cuatro años; iii) la existencia de peligro procesal; iv) la existencia de proporcionalidad de la medida; v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad.

También el Tribunal Constitucional tiene formuladas reglas jurídicas que concretan la norma constitucional directamente estatuida N2.24f. Por ejemplo, tiene reglas en relación a la justificación que debe presentar el Juez como sustento del mandato de detención preventiva en la sentencia al EXP. N.° 1091–2002–HC/TC, y en la sentencia al EXP. N.° 00728–2008–PHC/TC. Se destacarán las siguientes:

> **N18 STC 1091–2002–HC:** Está ordenado que la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la detención judicial preventiva, sea más estricta.
>
> **N7f STC 00728–2008–PHC:** Está ordenado considerar que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de decisiones queda delimitado también por un deber de especial justificación (motivaciones cualificadas) para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad.

Todas las interpretaciones que de la Constitución formulan el Legislador (en este caso ejecutivo), la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, configuran reglas jurídicas que nacen al mundo jurídico adheridas a la norma constitucional directamente estatuida N2.24f (concretan el elemento de relevante grado de indeterminación "mandato motivado"); son derecho constitucional adscripto. En el ejemplo propuesto, parte del contenido constitucional de la libertad personal (la referida a la exigencia de motivación del mandato de detención preventiva) quedará configurado de la siguiente manera:

> **Contenido constitucional de la libertad personal = N2.24 + N2.24.f + N268 Decreto legislativo 957 + N22 CAS 626–2013 + N24 CAS 626–2013 + N18 STC 1091–2002–HC + N7f STC 00728–2008–PHC + …**

Según más normas constitucionales adscriptas puedan ser identificadas, más acabadamente quedará delimitado el contenido constitucional de un derecho fundamental. Esto reclama irremediablemente que todo operador jurídico deba conocer las reglas jurídicas que conforman el derecho constitucional adscripto vigente, de modo que su operación se parecerá cada vez más a una actividad subsuntiva antes que a una delimitadora o ponderativa.

5. El control constitucional del derecho constitucional adscripto

A. El derecho constitucional adscripto puede ser inconstitucional

Corresponde ahora plantear y atender la siguiente cuestión: ¿es posible que una norma constitucional adscripta sea inconstitucional? Si esta pregunta es respondida afirmativamente, se abre inmediatamente esta otra: ¿es posible combatir una norma constitucional adscripta inconstitucional?

En lo que respecta a la primera cuestión, debe sostenerse que las normas constitucionales adscriptas pueden ser normas inconstitucionales. La inconstitucionalidad puede ser formal o material. Aquí interesa referir la inconstitucionalidad material. Aun habiendo cumplido tanto la ley y los decretos legislativos, así como las sentencias de la Corte Suprema y las del Tribunal Constitucional, todas las exigencias procedimentales para ser reconocidas como existentes y, consecuentemente, como eficaces, y por tal razón ser tenidas como formalmente constitucionales, ellas pueden ser materialmente inconstitucionales por trasgredir alguna exigencia de justicia material constitucionalizada.

Al menos dos razones pueden ser mostradas como justificación de una tal respuesta. Una razón es el carácter de poder constituido que tienen los órganos públicos productores de derecho constitucional adscripto: el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Esto significa que todos estos órganos públicos tienen a la Constitución, más precisamente, a las normas constitucionales directamente estatuidas, como un límite efectivo, y como tal, tienen la posibilidad real de ser transgredido. Si esta posibilidad se concreta y transgrede a la Constitución en la parte que reconoce y regula los derechos fundamentales, entonces, la norma constitucional adscripta habrá incurrido en inconstitucionalidad

material. La segunda razón es que, tal y como aquí fue definida, la norma constitucional adscripta es una norma que concreta una norma constitucional directamente estatuida, y la concreción, desde un punto de vista lógico, puede ajustarse o desajustarse del objeto concretado. Cuando la norma constitucional directamente estatuida pertenece a la parte dogmática de la Constitución que constitucionaliza las exigencias de justicia material, y ha sido concretada desajustadamente, la norma constitucional adscripta creada ha de ser tenida como materialmente inconstitucional.

Estas dos razones permiten dar un paso más y advertir que la inconstitucionalidad material de una norma adscripta formalmente constitucional, reclama la concurrencia de dos requisitos. El primero es la existencia de una contradicción entre el contenido de la norma constitucional adscripta y el contenido de la norma constitucional directamente estatuida. O, dicho de otro modo, la existencia de una norma constitucional adscripta que concreta desajustadamente a la norma constitucional directamente estatuida. El segundo requisito es la existencia de una norma constitucional directamente estatuida formal y materialmente constitucional. Como ya se justificó, es altamente improbable que una norma con máximo grado de indeterminación normativa sea materialmente injusta por reconocer a un bien humano para negarlo a toda persona. Más probable, aunque extraordinario, es el caso en el que una norma directamente estatuida de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, sea materialmente inconstitucional por ser una concreción desajustada de una norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa. Sin embargo, si ocurriese este extraordinario supuesto, la norma adscripta formalmente constitucional que se desajusta de una norma constitucional directamente estatuida materialmente inconstitucional, es, en estricto, una norma materialmente constitucional. El cumplimiento de estos requisitos exige irremediablemente una adecuada carga argumentativa.

B. La necesidad de control constitucional del derecho constitucional adscripto

Justificado que las normas constitucionales adscriptas de origen nacional pueden ser contrarias a las normas constitucionales directamente estatuidas que concretan, corresponde atender la cuestión acerca de su control constitucional. Frente a una norma adscripta formalmente constitucional

y materialmente inconstitucional, la regla general no podría ser diferente a aplicar sobre ella el control de constitucionalidad previsto para identificar y neutralizar normas que contravengan a la Constitución por el fondo o por la forma. El control de constitucionalidad es decidido por el Constituyente, por lo que habrá que estar a lo que se disponga en cada concreta Constitución. Aquí la referencia se hará solamente al sistema constitucional peruano.

El sistema de defensa de la Constitución y del derecho constitucional que se ha previsto en el Perú es uno dual o paralelo[150]. En efecto, el Constituyente peruano ha decidido reconocer el control constitucional difuso o americano a todos los jueces (artículo 138 de la Constitución), incluido al supremo juez constitucional que es el Tribunal Constitucional; y ha decidido atribuir el control concentrado o europeo al Tribunal Constitucional (artículo 201 y 202 de la Constitución). La dualidad del control reclama reconocer una relación entre uno y otro controlador. Reconocer que el Tribunal Constitucional tiene más atribuciones de control tanto en número como en intensidad, permite reconocerlo como controlador mayor o controlador supremo[151].

Una norma constitucional adscripta materialmente inconstitucional creada a través de una ley de desarrollo constitucional, podrá ser objeto de control constitucional difuso por los Jueces y el Tribunal Constitucional; y podrá ser objeto de control constitucional abstracto por el Tribunal Constitucional a través de un proceso de inconstitucionalidad. En el primer caso, los controladores solo inaplicarán la ley o decreto legislativo materialmente inconstitucional, pero las normas seguirán vigentes hasta que el Legislador parlamentario o ejecutivo, decida su modificación o su derogación; en el segundo caso, la declaración de inconstitucionalidad de la ley de desarrollo constitucional tendrá efectos derogatorios.

El asunto no es tan sencillo respecto de las normas constitucionales adscriptas materialmente inconstitucionales creadas por la Corte Suprema o por el Tribunal Constitucional. Como regla general, debe ser sostenido que las reglas jurídicas creadas por estos tribunales, cumplidas las exigencias

150 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, Derecho Procesal Constitucional. Bogotá 2001, p. 135.

151 Lo tengo justificado en "Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución", en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, marzo 2011, ps. 21–33.

de forma para ser reconocidas como tales reglas, nacen al mundo jurídico con la presunción de validez material. Esta presunción solamente podrá ser derrotada por el juez a través de una justificación especialmente cualificada, a través de la cual se ponga de manifiesto que se trata de una norma materialmente inconstitucional por trasgresora de alguna exigencia de justicia constitucionalizada. Si fuese el supuesto de una tal norma inconstitucional, el juez está en la obligación de inaplicarla en la solución del caso concreto que debe atender. No podrá modificarla o dejarla sin efecto; esta tarea solo podrá ser cumplida por el órgano productor de la misma: la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional. De ocurrir así, no solo el juez que inaplica la norma adscripta materialmente inconstitucional no debería ser sancionado, sino que también, tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional, deberían estar abiertos a revisar sus interpretaciones de la Constitución y, de ser el caso, a modificar las normas constitucionales adscriptas si se advierte que, de la justificación mostrada por el juez, se está efectivamente ante una norma materialmente inconstitucional. Más que imposición[152], está exigido diálogo entre los tribunales nacionales.

C. Un ejemplo desde el Tribunal Constitucional como creador de normas inconstitucionales

Nuevamente se puede acudir al sistema jurídico peruano para ejemplificar esta situación mostrada. Una ley o un decreto legislativo puede ser inconstitucional cuando "contravengan la Constitución en la forma o en el fondo" (artículo 200.4 de la Constitución). Si ocurre lo primero, la ley de desarrollo constitucional será formalmente inconstitucional, si ocurre lo segundo, será materialmente inconstitucional. Lo mismo puede ser dicho de sentencias tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional. Aquí se mostrará

152 Por eso, aunque del Tribunal Constitucional pueda ser reconocido que es supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad, no debe ser olvidado que "el precedente [y en general, toda la norma constitucional adscripta creada por el Tribunal Constitucional] pierde su esencia cuando se le confunde con imposición, o se le convierte en un mecanismo mediante el cual una entidad intenta posicionarse sobre las demás, sin tomar en cuenta las competencias propias de cada quien". ESPINOSA–SALDAÑA, Eloy, "Anotaciones sobre los objetivos y los alcances de los precedentes, y algunas notas sobre la relación entre el precedente constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *ADVOCATUS* 29, 2013, p. 93.

una situación de inconstitucionalidad en la que incurrió el Tribunal Constitucional peruano[153], reconocida además por el mismo Alto Tribunal.

Según la Constitución peruana:

> **Artículo 138.–** (…) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

> **N138**: Está ordenado a los jueces que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Con base en la diferenciación de normas constitucionales directamente estatuidas que ha sido explicada líneas arriba, puede ser reconocido que la norma N138 es una norma con relevante grado de indeterminación normativa. El elemento que exigía de concreción es "los jueces". ¿Qué debe ser entendido por jueces? El Tribunal Constitucional se planteó esta cuestión y la resolvió en la sentencia al EXP. N° 03741–2004–AA/TC. La concreción normativa que creó el Alto Tribunal consistió en establecer que por *jueces* deben ser considerados también los órganos colegiados de la Administración Pública[154]. Dispuso el Tribunal Constitucional lo siguiente:

> "**50.** (…) **A)** (…) Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de

153 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional", en HERMIDA, Cristina; SANTOS, José Antonio, *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los diputados – Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, marzo 2015, ps. 1233–1255.

154 Para un análisis de la regla jurídica que como precedente vinculante estableció el Tribunal Constitucional en esta sentencia mediante la cual atribuía control difuso de la constitucionalidad también a determinados órganos de la Administración Pública, cfr. CARPIO MARCOS, Edgar, GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (Coordinadores), *La defensa de la Constitución por los Tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional número 1, Palestra, Lima 2007.

> preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución"[155].

Otro modo de enunciar esta regla constitucional adscripta es el siguiente:

> **N50A STC 03741–2004–AA**: Está ordenado a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo.

Es decir, la norma constitucional adscripta N50A STC 03741–2004–AA concretó la norma constitucional directamente estatuida N138, y nació al mundo jurídico constitucional adherida a ésta. Sin embargo, pocos años después el Alto Tribunal, con una composición distinta, dejó sin efecto la regla jurídica mencionada, y decidió:

> "4. DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741–2004–PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo"[156].

La razón por la que el Tribunal Constitucional llegó a esa conclusión puede sintetizarse de la siguiente manera: "Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente **desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución** al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución,

---

155 Mediante resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional decidió que no todo tribunal administrativo tenía atribuido control difuso, sino solamente aquellos "*que imparten 'justicia administrativa' con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados*".

156 EXP. N.° 4293–2012–PA/TC, punto 4 del fallo.

por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado"[157]. Asimismo, sostuvo que el Tribunal Constitucional "considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, **al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad** directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes"[158].

Es decir, el Tribunal Constitucional encontró que la norma constitucional adscripta creada N50A STC 03741–2004–AA "desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución", o que "permite que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad" para inaplicar leyes lo haga; es decir, el Alto Tribunal encontró que tal norma constitucional adscripta es contraria a tal competencia otorgada por la Constitución a los jueces en el artículo 138, lo que equivale a decir que desnaturaliza la norma constitucional directamente estatuida N138. Esto, bien vistas las cosas, significa que N50A STC 03741–2004–AA, norma constitucional adscripta creada por el Tribunal Constitucional, fue inconstitucional[159].

VIII. Séptimo lineamiento: el derecho constitucional adscripto de origen convencional

1. Las normas convencionales directamente estatuidas

A. Definición

Para un mayor aseguramiento del valor (dignidad) de la Persona y de los derechos humanos que se sostienen en tal valor, se han creado sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Se trata de sistemas de protección subsidiarios respecto del derecho y de la jurisdicción nacionales[160], pues es al Estado nacional al que le corresponde el papel de "principal

157 Idem., fundamento 34.

158 Idem., fundamento 35.

159 De esta norma N50A puede ser dicho, que ha sido creada por el Tribunal Constitucional "violando la propia Constitución a la cual interpretan en forma mañosa". GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 168.

160 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *IUS*, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México (Año V, número 28), 2011, p. 147.

garante de los derechos humanos de las personas"[161]. Al sistema universal liderado por Naciones Unidad, se han sumado sistemas regionales. Todos estos sistemas se componen de tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, los que prevén la creación de tribunales encargados de velar por su plena vigencia. Los Estados nacionales normalmente, y mediante el procedimiento previsto en sus textos constitucionales, se han incorporado a un sistema u otro, a través de la vinculación al tratado o convención internacional respectiva y, consecuentemente, a través de la incorporación de la norma internacional al sistema jurídico nacional[162].

A través de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el Legislador convencional al igual como lo hace el Legislador constituyente, positiva las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Con base en la definición material de derechos humanos arriba justificada, puede ser sostenido también que la convencionalización de los derechos humanos se produce a través de su reconocimiento y a través de su regulación básica.

El reconocimiento se produce a través de disposiciones convencionales que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido y que dan como resultado normas convencionales directamente estatuidas con máximo grado de indeterminación normativa. Mientras que la básica regulación se produce de la mano de disposiciones convencionales a través de las cuales el Legislador convencional crea normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa que concretan las de máximo grado de indeterminación normativa. Tal y como acontecía en el derecho constitucional, a través de las normas convencionales directamente estatuidas, de máximo, relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, se convencionaliza el contenido esencial del derecho humano que se positiva. Asimismo, se reconoce una mayor jerarquía material y axiológica a

161 Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 66.

162 Las dos grandes tradiciones de incorporación del derecho internacional al nacional son la monista y la dualista. Si bien es posible reconocer una mayor idoneidad justificativa en la teoría monista, ésta no deja de tener deficiencias. Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, "Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XVII, 2017, ps. 724 y ss.

favor de las normas convencionales de máximo grado de indeterminación, lo que permite reconocer la posibilidad, extraordinaria pero real, de que las normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa sean materialmente inconvencionales por concretar desajustadamente a las normas de máximo grado de indeterminación normativa.

B. Ejemplo de norma convencional directamente estatuida

Ejemplifiquemos lo que se lleva dicho, y hagámoslo desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en relación a la libertad personal. En el artículo 7.1 de la mencionada Convención, se ha establecido lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales". Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

> **N7.1 CADH:** Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad y seguridad personales.

Esta es una norma de máximo grado de indeterminación normativa que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido para ordenar su cumplimiento. El Legislador convencional nada ha dicho acerca del contenido esencial del derecho humano que convencionaliza. Para saberlo hay que acudir a normas convencionales de otro tipo, como por ejemplo las dos que a continuación se hace referencia.

En el artículo 7.3 de la CADH, el Legislador convencional ha establecido que "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios". Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida de relevante grado de indeterminación normativa:

> **N7.3 CADH:** Está prohibida la detención o el encarcelamiento arbitrarios.

Y, también ha dispuesto el legislador convencional, en el artículo 7.5 CADH, que "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales". Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

> **N7.5 CADH:** Está ordenado llevar sin demora a una persona detenida o retenida ante un juez u otro funcionario con función judicial.

La norma N7.5 CADH es una norma convencional sin relevante grado de indeterminación normativa porque la expresión "sin demora" es posible de ser entendida como "inmediatamente", lo que permite operar acabadamente con una tal norma, sin esperar de una concreción normativa previa.

2. Las normas convencionales adscriptas

A. Definición

Junto a las normas convencionales directamente estatuidas se encuentran las normas convencionales adscriptas a ellas. Las normas convencionales adscriptas pueden ser definidas como el conjunto de interpretaciones vinculantes que del tratado o convención sobre derechos humanos ha formulado el órgano o tribunal internacional creado para su defensa y aseguramiento. Tales interpretaciones deberán ser consideradas como normas también por las dos razones arriba mostradas para justificar a la norma constitucional adscripta: la primera es el carácter vinculante de la interpretación del tratado o convención sobre derechos humanos, el cual le viene dado porque es una interpretación formulada por el órgano internacional en ejercicio de la función de protección del tratado encargada por el Legislador convencional; y la segunda es que esa interpretación vinculante está destinada a concretar la norma convencional directamente estatuida, por lo que comparte la naturaleza normativa del objeto concretado. Las normas convencionales creadas por el órgano o tribunal internacional nacen al derecho convencional adheridas a la norma convencional directamente estatuida a la que concretan y, consecuentemente, comparten su valor, ambas son derecho convencional, y comparten también su destino, viajan adheridas a las normas convencionales directamente estatuidas allá a donde éstas vayan o se encuentren, e ingresan junto a ellas a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales que correspondan.

B. Ejemplo de norma convencional adscripta

En este punto, conviene ejemplificar la norma convencional adscripta, y se hará desde las interpretaciones que ha establecido la Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que es la intérprete vinculante de la Convención Americana sobre derechos humanos, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. La Corte IDH tiene atribuida una doble función con las competencias respectivas: una función contenciosa y otra consultiva. En ejercicio de ambas funciones la Corte IDH puede crear normas convencionales, porque en ejercicio de ambas competencias interpreta vinculantemente a la Convención americana sobre derechos humanos.

Así, en ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte IDH interpretó el artículo 7.1CADH en el párrafo 140 del caso Bámaca Velásquez *Vs*. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000[163]. Desde esa interpretación es posible reconocer la siguiente norma convencional:

> **N140 Caso Bámaca Velásquez *Vs*. Guatemala**: Está ordenado liberar o poner inmediatamente a disposición del Juez al individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial.

La Corte IDH, en el fundamento 40 de la Opinión Consultiva OC–8/87, del 30 de enero de 1987, "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 Y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)[164], recogió una interpretación del artículo 7.6 CADH, desde la cual es posible concluir la siguiente regla convencional:

> **N40 OC–8/87**: Está permitido el ejercicio del control de legalidad por parte de un órgano judicial autónomo e independiente, de las medidas que se adoptan en un estado de excepción en relación a la libertad personal.

---

163 Dijo la Corte: "Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado".

164 Dijo la Corte: "Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental".

3. Normas convencionales y contenido convencional del derecho humano

El Legislador convencional a través de las normas convencionales directamente estatuidas convencionaliza y regula de modo básico el contenido esencial de los distintos derechos humanos que reconoce. Reconoce el contenido esencial de modo máximamente indeterminado a través de las normas convencionales de máximo grado de indeterminación normativa, y crea concreciones del mismo a través de las normas convencionales de relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa. De modo que es posible sostener la siguiente equivalencia:

Contenido esencial del derecho humano = Contenido convencional del derecho humano.

Las normas convencionales adscriptas en tanto concreciones directas de las normas convencionales estatuidas por el Legislador convencional, también están destinadas a conformar el contenido convencional del derecho humano que se positiva. De esta manera, es posible mantener esta otra equivalencia:

Contenido esencial del derecho humano = Contenido convencional del derecho humano = normas convencionales directamente estatuidas + normas convencionales adscriptas.

En referencia a la libertad y seguridad personales reconocida y regulada por la CADH, y por tomar en cuenta solamente las normas convencionales aquí mostradas, es posible reconocer la siguiente equivalencia:

Contenido convencional de la libertad y seguridad personales = N7.1 CADH + N7.3 CADH + N7.5 CADH + N140 Caso Bámaca Velásquez *Vs.* Guatemala + N40 OC–8/87…

4. El ingreso del contenido convencional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional

Conviene ahora plantear una cuestión de singular importancia que tiene que ver con la incorporación del derecho convencional al derecho nacional.

Con base en la definición de derecho humano que aquí ha sido justificada, se ha sostenido que el bien humano esencial debido conforma el contenido esencial del derecho humano. El bien humano y, consecuentemente, el derecho humano del que hace esencia, es una exigencia de justicia material que conforma el derecho natural y que, por ello, resulta anterior e indisponible al Legislador. El Legislador, tanto el Constituyente como el Convencional, cumplen dos tareas respecto del derecho humano: lo reconocen, mencionando el nombre del bien humano que le da esencia (normas con máximo grado de indeterminación normativa); y lo regula básicamente, a través de las directas concreciones que crean desde el bien humano reconocido (normas con relevante y sin relevante grado de indeterminación normativa). Cuando esta tarea la cumple el Legislador constituyente, lo que hace es constitucionalizar el contenido esencial del derecho humano, de modo que, el contenido esencial del derecho humano tiende a equivaler al contenido constitucional del mismo derecho humano que pasa a ser denominado como derecho fundamental. Lo mismo, cuando la tarea la cumple el Legislador convencional, lo que hace es convencionalizar el contenido esencial del derecho humano, de modo que el contenido esencial del derecho humano equivale al contenido convencional del mismo derecho humano. Esto permite reconocer la siguiente equivalencia:

Contenido esencial = Contenido constitucional = Contenido convencional

Con base en esta equivalencia debe admitirse que cuando el derecho convencional sobre derechos humanos ingresa al sistema jurídico nacional, las normas constitucionales directamente estatuidas ejercerán una fuerza de atracción intensa sobre las normas convencionales directamente estatuidas y las atraerá fuertemente hacia ellas. La razón es sencilla: en uno y otro caso se regula lo mismo, a saber, el contenido esencial de los derechos humanos. Es posible concluir ahora, entonces, que cuando una comunidad política se vincula a un tratado o convención sobre derechos humanos, las normas convencionales tienen como destino natural, el nivel constitucional.

Como se tuvo oportunidad de justificar atrás, las normas convencionales creadas por el órgano o tribunal internacional nacen al derecho convencional adheridas a la norma convencional directamente estatuida a la

que concretan y, consecuentemente, comparten su destino. Son normas que se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, y viajan a ellas adheridas. Esto permite reconocer que cuando una norma convencional directamente estatuida ingresa a un sistema jurídico nacional de un Estado, lo hace con las adscripciones existentes en el momento del ingreso, y con las que en el futuro se formulen respecto de ella. Esto es así independientemente de que la interpretación vinculante de la disposición convencional haya sido formulada en el seno de una resolución en la que el Estado era o no parte.

Si el Constituyente no ha interferido en esa fuerza de atracción que las normas constitucionales directamente estatuidas ejercen sobre el derecho convencional una vez que éste ingresa al sistema jurídico nacional, entonces, las normas convencionales directamente estatuidas y las normas a ellas adscriptas conformarán el derecho constitucional nacional. Tal derecho convencional pasa a ser derecho constitucional de origen convencional. Pero, como fue justificado también, en el derecho constitucional nacional existen dos ámbitos: el derecho constitucional directamente estatuido, y el derecho constitucional adscripto. Si, como aquí se ha sostenido, las normas constitucionales directamente estatuidas recogen la voluntad del Constituyente, entonces, las normas convencionales que ingresan al sistema jurídico nacional no pueden ser consideradas parte del derecho constitucional directamente estatuido. Tampoco podrán ser consideradas como parte del derecho constitucional adscripto de origen nacional porque ni es producido por algún órgano público nacional, ni es consecuencia de la interpretación vinculante de la Constitución nacional.

Esta advertencia exige admitir que el derecho convencional sobre derechos humanos una vez ingresado al sistema jurídico nacional, abre un nuevo ámbito normativo en el nivel constitucional, a continuación y en el mismo nivel que el derecho constitucional adscripto de origen nacional y que, como éste, se cuelga del derecho constitucional directamente estatuido. Conforma de esta manera un ámbito normativo que podría ser llamado como derecho constitucional adscripto de origen convencional. Es posible, consecuentemente, definir el contenido constitucional de un derecho fundamental a partir de la siguiente equivalencia:

Contenido constitucional del derecho fundamental = normas constitucionales directamente estatuidas + normas constitucionales adscriptas de origen nacional + normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

Las normas constitucionales directamente estatuidas (N1) tienen una sola fuente de producción: el Legislador constituyente. Por el contrario, las normas constitucionales adscriptas de origen nacional tienen cuatro fuentes productoras: las leyes del Congreso de la República (N2), los decretos legislativos (N3), las interpretaciones vinculantes de la Corte Suprema (N4), y las interpretaciones vinculantes del Tribunal Constitucional (N5). Mientras que las normas constitucionales de origen convencional tienen dos fuentes productoras: las normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional (N6), y las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte internacional (N7).

De esta manera, la equivalencia arriba mostrada puede tener también la siguiente formulación:

Contenido constitucional del derecho fundamental = N1 + N2 + N3 + N4 + N5 + N6 + N7

Las normas convencionales directamente estatuidas (N6) y adscriptas (N7), son las mismas en todos los ordenamientos nacionales en los que ha ingresado el mismo Tratado o Convención sobre derechos humanos. Lo que será diferente será el resto de componentes, aunque no tanto respecto de las normas constitucionales directamente estatuidas (N1), sino más bien en relación a las normas constitucionales adscriptas de origen nacional (N2, N3, N4 y N5). Conviene analizar lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico peruano.

5. El caso peruano

A. El rango constitucional del derecho convencional sobre derechos humanos

El Constituyente peruano ha decidido que las normas convencionales sobre derechos humanos, una vez que ingresan al sistema jurídico nacional,

se colocan en el nivel constitucional. Esta decisión se recoge en una norma constitucional directamente estatuida implícitamente a partir de la Cuarta disposición final y transitoria, cuyo texto es el siguiente: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Desde esta disposición es posible reconocer la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

> **NCuarta**: Está ordenado interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Si, como se ha justificado aquí, lo que el Legislador constituyente hace es constitucionalizar el contenido esencial del derecho humano, entonces, la labor del operador jurídico será determinar el contenido esencial constitucionalizado a la hora de interpretar las disposiciones constitucionales. Para el cumplimiento de esa labor, y en la norma NCuarta, el Constituyente ordena al intérprete constitucional que tome en cuenta las normas convencionales sobre derechos humanos, porque en ellas también se positiva (se convencionaliza), el contenido esencial de los derechos humanos. Y se lo ordena porque el Constituyente acepta que tanto unas (las normas constitucionales directamente estatuidas), como las otras (las normas de origen convencional), se encuentran en el mismo nivel constitucional conformando el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado.

De esta manera es posible reconocer en el sistema jurídico peruano una norma implícita que dispone el rango constitucional de los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos una vez que éstas se incorporaron al sistema jurídico nacional. Una tal norma implícita ha sido advertida no solo por la doctrina[165], sino también por el Tribunal Constitu-

165 Cfr. por todos, RUBIO CORREA, Marcial, "La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993", en *Pensamiento Constitucional*, volumen 5, p. 109. En contra, para quienes "no es posible dotar de un rango constitucional a los TIDH [Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos] porque así no lo formuló el constituyente, quien sin embargo le ha dotado

cional. En efecto, este Alto Tribunal ha tenido oportunidad de sostener que "[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional"[166].

La norma constitucional implícita, consecuentemente, puede ser mostrada en los siguientes términos deónticos:

> **Ni:** Está ordenado atribuir rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos.

B. El contenido constitucional de los derechos fundamentales

Admitido que el derecho convencional sobre derechos humanos ingresa al sistema jurídico peruano para colocarse en el nivel constitucional, se debe recordar que el derecho constitucional peruano no solo está conformado por las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, sino también por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, y por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional. Consecuentemente, para el caso peruano, vale la equivalencia arriba mostrada en relación al contenido constitucional de un derecho fundamental.

Contenido constitucional del derecho fundamental = N1 + N2 + N3 + N4 + N5 + N6 + N7

Así, por ejemplo, el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales para el caso peruano, está compuesto al menos por las siguientes normas constitucionales:

Contenido constitucional = N2.24 + N2.24.f + N268 Decreto legislativo 957 + N22 CAS 626–2013 + N24 CAS 626–2013 + N18 STC 1091–2002–HC + N7f STC 00728–2008–PHC + N7.1CADH + N7.3 CADH + N7.5 CADH + N140 Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala + N40 OC–8/87 + ….

---

de un posicionamiento en el espectro constitucional digno de resaltar". MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo, FEIJÓO CAMBIASO, Raúl, "El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos", en Revista Ius et Veritas, N° 50, Julio 2015, p. 342.

166 EXP. N.° 0025–2005–Pl/TC y 0026–2005–Pl/TC, fundamento 26.

6. Consecuencias

Así entendido el contenido constitucional de los derechos fundamentales, varias consecuencias pueden ser mostradas. Aquí solo hay espacio para algunas de ellas.

A. Necesidad de conocer las interpretaciones de los tribunales sobre derechos humanos

La primera consecuencia ya fue adelantada y puede ser expresada de la siguiente manera: el derecho constitucional vigente de un sistema jurídico nacional, no es más solamente el derecho de la Constitución, es decir, no es más solamente el derecho de las normas constitucionales directamente estatuidas, sino que es también el derecho de las normas constitucionales adscriptas, tanto las de origen nacional como convencional. Consecuentemente, y en expresa referencia de los derechos fundamentales, no es suficiente con conocer la parte dogmática de la Constitución para conocer las exigencias de justicia constitucionalizadas que singularizan al Estado constitucional de derecho, sino que junto a ellas es necesario conocer las normas constitucionales que concretan directamente el contenido esencial de los derechos humanos positivados. En este escenario, cada vez es más importante conocer las normas constitucionales adscriptas nacionales y de origen convencional, particularmente, cada vez es más importante conocer las interpretaciones que sobre los derechos humanos constitucionalizados formula la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y de los derechos humanos convencionalizados formula la Corte IDH[167].

B. Más subsunción

La segunda consecuencia también fue advertida atrás y puede ser presentada en estos términos: mientras más normas constitucionales adscriptas puedan ser identificadas como formal y materialmente válidas y conformadoras del contenido constitucional del derecho fundamental, la labor del operador jurídico nacional, particularmente la del juez como controlador de

167 Conviene en este punto advertir que "[c]on relación a la teoría iuspositivista de las fuentes, con sus jerarquías fijadas por el legislador interno, esta parece resquebrajada por las jurisprudencias constitucional, (…) e internacional". BARBERIS, Mauro, *Estado constitucional*, ob. cit., p. 27.

la constitucionalidad, se parecerá cada vez más a una labor subsuntiva antes que a una delimitadora o ponderativa del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En efecto, las normas constitucionales adscriptas, en particular las que provienen del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH, serán el resultado de distintas metodologías argumentativas, incluidas la delimitadora del contenido constitucional o la ponderativa de derechos fundamentales. Esto, como regla general, exime al juez de volver a justificar la norma jurídica (la norma constitucional adscripta) relevante con la que resolverá el caso que conoce, por el contrario, una vez identificada la regla constitucional adscripta, y reconocida su validez material, corresponde aplicarla para justificar la decisión del caso.

C. El bloque de constitucionalidad iusfundamental

La tercera consecuencia de igual manera fue ya adelantada: las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, así como las normas constitucionales adscriptas, ya sea de origen nacional como convencional, representan el derecho constitucional vigente, y conforman el bloque de constitucionalidad. Este bloque de constitucionalidad tiene una parte de derecho constitucional vigente de tipo dogmático y otro de tipo orgánico o procedimental. Respecto del primer tipo, que es lo que aquí ha interesado, se trata de un conjunto de normas constitucionales, tanto directamente estatuidas como adscriptas de origen nacional y de origen convencional que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales[168]. Significa esto que cada vez que se adopta una decisión pública o privada en contra de alguna de estas normas constitucionales, no solo se incurre en in-

168 El Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la mayoría de los componentes normativos del contenido constitucional de un derecho fundamental como integrantes del bloque de constitucionalidad, de la siguiente manera: "[l]a noción de 'sustento constitucional directo' a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o 'bloque de constitucionalidad' ". EXP. N.° 1417–2005–AA/TC, fundamento 9.

constitucionalidad, sino que se cumple la exigencia material de procedencia del proceso de amparo como garantía constitucional. En efecto, singulariza a la esencia de los procesos constitucionales la defensa de la Constitución; más precisamente, los procesos constitucionales de la libertad están destinados a defender solamente contenido constitucional, no el contenido infraconstitucional, de los derechos fundamentales[169]. La vulneración de alguna de las normas constitucionales (directamente estatuidas o adscriptas) que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental, habilita a la interposición de una demanda constitucional de amparo (o de hábeas corpus o de habeas dada)[170].

D. No es posible control de convencionalidad, sino de constitucionalidad

La validez material de las decisiones públicas y privadas en una comunidad nacional, y esta es la cuarta consecuencia, dependerá de su ajustamiento al parámetro de control constitucional que se construye desde las normas no solo formal sino también materialmente válidas del bloque de constitucionalidad. Serán normas materialmente válidas aquellas normas constitucionales directamente estatuidas o adscriptas de origen nacional, o adscriptas de origen convencional, de las cuales es posible dar razones para sostener que no se desajustan del contenido esencial del derecho humano constitucionalizado, es decir, que no son contrarias a los bienes humanos esenciales debidos que sostienen a los derechos fundamentales.

Con base en esta advertencia se pueden definir elementos importantes del control de validez jurídica, al menos los siguientes dos. Primero, los operadores jurídicos nacionales tienen ante sí derecho constitucional, no tienen el derecho convencional a secas, sino al derecho convencional constitucionalizado que, como aquí se ha explicado, ingresa a formar parte del derecho constitucional vigente como derecho constitucional adscripto de

169 Lo tengo justificado en "Ser y deber ser en los procesos constitucionales de la libertad", en *Pensamiento Constitucional*, número 19, 2014, ps. 265-284.

170 El Legislador peruano lo ha dispuesto en estos términos: "No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado" (artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional).

origen convencional. Así las cosas, los operadores jurídicos no interpretan las disposiciones convencionales, sino interpretan disposiciones constitucionales de origen convencional; por lo que, en estricto, no pueden construir un parámetro de control de convencionalidad, sino uno de control de constitucionalidad. Consecuentemente, en los sistemas jurídicos nacionales no es posible llevar a cabo un control de convencionalidad, sino un control de constitucionalidad. El control de convencionalidad será posible solamente en el ámbito de la jurisdicción convencional por los tribunales internacionales de justicia creados para tal efecto.

Segundo, si en los sistemas nacionales el control de validez jurídica es consecuencia de un control de constitucionalidad y no de convencionalidad, entonces, el control solo estará en manos de quienes el Constituyente nacional les haya atribuido el control de constitucionalidad (en el caso peruano el juez y el Tribunal Constitucional). Solo ellos podrán realizar control de constitucionalidad con un parámetro de control conformado también por el derecho constitucional de origen convencional. En ningún caso estos controladores, ni mucho menos quienes no son controladores de la constitucionalidad, pueden realizar ni interpretación convencional ni control de convencionalidad. Tales controladores, en estricto, solo pueden realizar interpretación y control constitucional.

En este modo de entender las cosas, la Corte IDH no es estricta cuando denomina como control de convencionalidad al control en manos de los jueces nacionales[171]; y comete error cuando obliga a todos los funcionarios nacionales a llevar a cabo un tal control de convencionalidad[172]. En el modo de entender las cosas aquí presentado, el control de convencionalidad solo lo puede realizar el órgano convencional como la Corte IDH; los funcionarios nacionales solo pueden aplicar control de constitucionalidad, y no todos,

171 Según la Corte IDH, "[l]os jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana". Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 225.

172 Según la Corte IDH, "todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad'". Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), párrafo 142.

sino solamente quienes tengan atribuida tal competencia por el Constituyente nacional[173].

E. La solución de las contradicciones entre el derecho constitucional y el derecho convencional

La quinta consecuencia es más compleja y tiene que ver con la relación entre el derecho constitucional adscripto de origen nacional y el de origen convencional. La clasificación de normas de máximo grado, de relevante grado y sin relevante grado de indeterminación normativa, es aplicable no solo a las normas constitucionales directamente estatuidas, sino también a las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y a las de origen convencional. Así, por ejemplo, hay que diferenciar las normas constitucionales directamente estatuidas con máximo grado (N1'), con relevante grado (N1''), y sin relevante grado (N1''') de indeterminación normativa; y también hay que diferenciar las normas convencionales directamente estatuidas de máximo (N6'), de relevante (N6''), y sin relevante grado (N6''') de indeterminación normativa.

Con base en esta distinción, y en referencia a las normas sobre derechos humanos, se ha de reconocer que entre las normas del tipo N1' y N6' normalmente habrá una coincidencia, debido a que ambas se limitan a mencionar el nombre del bien humano esencial que positivan en la Constitución o en la Convención respectivamente. Por ser extremadamente improbable la hipótesis según la cual ya sea a través de una norma N1' o N6' se niegue para todos el bien humano debido, aquí se asumirá una equivalencia entre una y otra. De modo que podrá ser reconocido como normal que la voluntad del Legislador constituyente es compatible con la voluntad del Legislador convencional cuando se trata de reconocer los derechos humanos.

Los problemas pueden presentarse cuando el Legislador constituyente y el Legislador convencional concretan las normas con máximo grado de indeterminación normativa. Así, pueden surgir problemas respecto de las normas

173 Por eso no se puede compartir la afirmación según la cual "[l]a directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad, [pues] ese oficio no necesita estar autorizado por el Constituyente". SAGÜÉS, Néstor, "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios constitucionales,* Año 8, N.° 1, 2010, p. 123.

de tipo N1'', N6'', N1''' y N6''', es decir, entre la voluntad del Legislador constituyente manifestada en normas con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, y la voluntad del Legislador convencional manifestada también a través de normas con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa. Aun siendo posible que en este nivel surjan antinomias debido a que son normas que traen concreciones de las normas del tipo N1' y N6', no dejaran de ser casos extraordinarios, al menos por las dos siguientes razones. Primera, porque las normas de relevante grado de indeterminación normativa, tenderán a coincidir; y segunda porque las normas sin relevante grado de indeterminación son extremadamente escazas en la Constitución y en la Convención. De modo que en estos dos ámbitos normativos sobre derechos humanos, lo normal será que no existan antinomias. Así, se podrá reconocer como ordinario que la voluntad del Legislador constituyente es compatible con la voluntad del Legislador convencional cuando se trata de establecer una regulación básica de los derechos humanos.

Más probabilidad de ocurrir tienen las contradicciones entre las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional creadas por la Corte IDH; es decir, entre las normas de tipo N2, N3, N4 y N5, en relación a las normas de tipo N7. La razón es que en este nivel las normas que se crean tienden a ser concreciones, es decir, normas sin relevante grado de indeterminación normativa, con lo cual aumentan las posibilidades de contradicción. De modo que las normas constitucionales adscriptas de origen nacional que concretan el contenido esencial de un derecho humano, tienen mayor probabilidad de ser contrarias a las concreciones que del contenido esencial del mismo derecho humano representan las normas constitucionales de origen convencional.

Ejemplifiquemos la explicación de la siguiente manera: supongamos que en el conjunto de normas constitucionales que se han establecido como elementos normativos del contenido constitucional de un derecho fundamental, existe una norma constitucional adscripta creada por el Tribunal Constitucional (N5), que es contraria a una norma constitucional adscripta de origen convencional creada por la Corte IDH (–N5). Es decir, supongamos la siguiente situación:

Contenido constitucional del derecho fundamental = N1 + N2 + N3 + N4 + N5 + N6 + (–N5)

O lo que es lo mismo:

Contenido constitucional del derecho fundamental = N1 + N2 + N3 + N4 + N5 + N6 – N5

Presentado un determinado caso al que N5 y, consecuentemente también –N5, son normas relevantes, el Juez no podrá resolverlo aplicando la norma creada por el Tribunal Constitucional (N5), a la vez que la norma creada por la Corte IDH (–N5), porque ambas son contrarias entre sí. Deberá resolver el caso aplicando o N5 o –N5. Cuál norma aplicar no puede depender solo de razones formales, sino también, y principalmente, de razones materiales. Una justificación formal sería, por ejemplo, aquella que soluciona la antinomia sobre la base de una supremacía de la norma adscripta de origen constitucional sobre la de origen convencional, o viceversa.

Una justificación material, por el contrario, reclama indagar cuál norma se condice con el contenido esencial del derecho humano concernido, porque no puede ser jurídicamente posible que cada norma se condiga con el bien humano esencial concernido, y a la vez tengan un contenido normativo contrario (no solo distinto) entre sí. Dicho de otro modo, y asumiendo la concordancia entre las normas de tipo N1 (norma constitucional directamente estatuida) y N6 (norma convencional directamente estatuida): o la norma N5 (creada por el Tribunal Constitucional), se condice con la norma N1 a la cual concreta, y entonces la norma –N5 (norma creada por la Corte IDH) se desajusta de la norma N6 a la cual concreta; o la norma N5 se desajusta de la norma N1, y entonces la norma –N5 se condice con la norma N6. El Juez no podrá descartar de antemano a una norma u otra con base en una pretendida superioridad normativa del derecho convencional sobre el constitucional como se ha propuesto en la doctrina[174] y en la jurisprudencia de la Corte IDH[175], sino que deberá dar una justificación cualificada para

174 Se ha sostenido que "el bien común internacional (en este caso, el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional, y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al Pacto sobre la Constitución". Idem., p. 125.

175 Según la Corte IDH, "el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso".

sostener la inconstitucionalidad material de una u otra norma e inaplicarla en el caso concreto.

IX. El cierre

En la historia del derecho peruano, y en este punto, es una historia compartida por el grueso de comunidades latinoamericanas, tanto la dimensión teórica como la normativa del Estado de derecho legal y del Estado de derecho constitucional, llegaron como ondas irradiadas desde un centro, la Europa occidental, que se hallaba a una considerable distancia no solo geográfica sino también cultural y social. La distancia existente impidió que las bases propias de ambas modalidades de Estado de derecho fuesen interiorizadas convenientemente por la clase dirigencial (política, económica e incluso moral), y por el grueso de la población gobernada.

Así, por ejemplo, ni el apego a la Ley, ni el apego a la Constitución, marcaron ni la conciencia ni la actuación (particularmente la política) de quienes tenían que operar con el derecho vigente. No obstante, la invocación a la Ley y a la Constitución ha sido y es, la justificación (a veces apurada y normalmente superficial) de las distintas decisiones de los órganos públicos, y de las distintas pretensiones individuales y sociales que, por otro lado, desencantadas del sistema, cada vez con más volumen e intensidad, abandonan los canales de satisfacción formalizados para introducirse en vías de hecho cuya efectividad, precisamente, demuestra que ni el cumplimiento de la Ley, ni el de la Constitución forma parte, no por lo menos de modo decisivo, de la conciencia individual y colectiva de nuestra comunidad política.

Nuestra nacional cultura jurídica no ha experimentado –no por lo menos directamente– los horrores de las dos guerras mundiales, sin embargo, ha sabido y sabe de intensas injusticias y desigualdades sociales, que permite identificar un campo de cultivo similar al europeo al cual aplicar las bases dogmáticas y normativas propias del Estado constitucional de derecho actual. La manera hoy de combatir las injusticias no se construye (no debería) sobre las bases de un fracasado Estado legal de derecho y de su pariente, el positivismo jurídico, sino particularmente (no exclusivamente), de las exi-

---

Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo 73.

gencias de justicia material que representan los derechos humanos, no solo en relación al sistema jurídico nacional, sino también al derecho convencional.

Con el propósito de ayudar al conocimiento de estas exigencias de justicia material, en general y en particular referencia al sistema jurídico peruano, en estas páginas se ha presentado y analizado –al menos básicamente– siete lineamientos sobre el derecho constitucional de los derechos humanos. Es extremadamente decisivo tomar conciencia que hoy el derecho se compone de elementos materiales que no solo reclaman una dogmática elaborada desde la Persona y para la Persona, sino también reclaman de una operatividad argumentativa en la que las razones de autoridad siguen siendo razones, pero han dejado de ser razones decisivas, y éstas han pasado a ser las que se construyen desde el contenido de justicia material que representan los derechos humanos constitucionalizados. En la construcción de estas razones decisivas, es relevante también saber identificar y saber emplear las distintas fuentes jurídicas productoras de derecho constitucional sobre derechos humanos, tanto nacionales como convencionales. Y finalmente, decisivo también es no olvidar nuestra esencial idiosincrasia a la hora de comprender el derecho y de emplearlo como instrumento de cohesión social dentro de nuestra heterogeneidad singular, y como efectivo instrumento forjador de consensos políticos y morales dentro de nuestra pluralidad. Un elemento y otro aparecen como bases sobre las cuales poder construir una sociedad realmente igual en justicia, paz y desarrollo.

Dr. Luis Castillo Córdova
Piura, 16 de diciembre de 2019